

**ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR 21-22/PUU-
V/2007 PERIHAL PENGUJIAN (JUDICIAL REVIEW) UU NOMOR 25
TAHUN 2007 TENTANG PENANAMAN MODAL**

TESIS

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum

NAMA : BUSTAMIL HINTA

NPM : 0606151463



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
JAKARTA
JANUARI 2009**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

Tesis ini adalah hasil karya saya sendiri, dan semua sumber baik yang dikutip maupun yang dirujuk telah saya nyatakan dengan benar.

Nama : **Bustamil Hinta, SH.**
NPM : **0606151463**
Tanda Tangan :
Tanggal : **03 Januari 2009**

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :
Nama : Bustamil Hinta, SH.
NPM : 0606151463
Program Studi : Pascasarjana
Judul Tesis : *Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21-22/PUU-V/2007 Perihal Pengujian (Judicial Review) UU Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal.*

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Prof. Erman Rajagukguk, SH. LL.M. Ph.D. (.....)
Penguji : Dr. Nurul Elmiyah, S.H., M.H. (.....)
Penguji : Anjar Pachta, S.H., M.H. (.....)

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 03 Januari 2009

KATA PENGANTAR/ UCAPAN TERIMA KASIH

Puji syukur saya panjatkan kehadirat ALLAH ‘Azza wa Jalla, Robb semesta alam, yang tidak ada sekutu bagi-Nya, dengan puji-pujian sebanyak makhluk ciptaan-Nya, seberat timbangan arsy-Nya dan seluas keridhoan-Nya. Penulisan tesis ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Magister Hukum Program Pascasarjana pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

Selanjutnya saya menyadari sepenuhnya, bahwa tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan tesis ini, sangatlah sulit bagi saya untuk menyelesaikan tesis ini. Oleh karena itu, saya mengucapkan terima kasih yang sedalam-dalamnya kepada :

- (1) Prof. Erman Radjagukguk, SH. LL.M. Ph.D., selaku dosen pembimbing yang telah menyediakan waktu, tenaga dan pikirannya untuk mengarahkan saya dalam penyusunan tesis ini, terima kasih Prof..., semoga Profesor dan Keluarga senantiasa dalam perlindungan dan kasih sayang Yang Maha Pengasih dan Penyayang, Allah Jalla Jalaluhu. Diampuni segala dosanya, dan dipenuhi segala hajatnya dunia dan akhirat. Amin.
- (2) Prof. Hikmahanto Juwana, SH. LL.M. Ph.D., yang tidak hentinya memberikan motivasi plus, berupa cerita-cerita sejenis ‘sepatu bally’-nya orang Batak, yang tidak bisa dipungkiri, memberikan andil besar dalam memotivasi kami untuk semangat kuliah! Terima kasih Prof....
- (3) Orang tua tercinta, (Oma/Opa Manado) dan Mertua tersayang (Oma/Opa Fath), dan permata-permata hatiku: Ummy Fath (Sri Rachmayanti Yunus), isteriku yang cantik dan sholihah yang telah memberikan segala yang dimilikinya sejak awal perkuliahan, sampai penyelesaian penulisan tesis ini. Juga buat buah cinta kami; Fathimah Queen Ramadhani Balya dan ‘dede’nya, Zulaikha Fatihah Balya yang sering memotivasi secara emosional. Terima kasih semuanya.
- (4) Pihak Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, yang sangat ‘familiar’ memberikan kesempatan yang seluas-luasnya kepada Penulis untuk

memperoleh masukan-masukan yang urgen dalam penulisan tesis ini. Terutama sekali, Bapak Noor Sidharta karena sikapnya yang sangat 'welcome' terhadap penulis. Dan Ibu Nurul, yang tidak kalah besar andilnya memberikan masukan dan kemudahan akses data yang sangat membantu dalam rangka menyempurnakan tesis ini.

- (5) Yang terhormat Bapak Drs. Syarief Sabara, M.Si. yang di samping memotivasi penulis untuk melanjutkan pendidikan S-2 di UI Jakarta, juga sering membantu penulis dengan 'uang pulsanya', makasih Pak! Semoga Bapak dan Keluarga senantiasa dalam lindungan dan rahmat Allah SWT.
- (6) Sahabat-sahabat 'Rimba'-ku yang sangat, sangat, sangat banyak membantu dalam penyelesaian studi dan penulisan tesis ini. *Specially*, Pak Haji Irfan, Bang Andry Christian, Andry Satria Permana (Penganten Baru cieeeee), Pak Ketua Kelas 'Tarzan' Reagen Paolo (Thanks Pak Ketua!) dan semua sahabat rimba yang lainnya yang tidak kalah banyak bantuannya....thanks!
- (7) Anak-anak Asrama Salemba Tengah 29: Bang Ipoel Maksum, Akhi Ino Baderan, Bang El Nino, Pak Ipin Suaib, Pak Guru Lukman Arsyad (Nggak ada loe, nggak rame loh!), Pak Is Puh, Pak Syam, Pak, Bang Razak Umar (Bang Jack), Bung Kirman Rahim, Pak Utam Husain (Pemilik Toko 'Roy'), Bung Irbana Tubamba (Kepala Suku Pohuwato yang cinta basket), Bung Uun (Calon Tukang Sensus Penduduk) Bung Rizki (Kumtua Gorontalo Utara), Bung Aan (Waah, ini dia, teknisi komputer/internet Asrama yang banyak membantu penulis saat masa-masanya komputer kena virus, thanks An!), Bung Abdul Aziz (Pang Tidorrrrr!), Milan (Caon Eksekutif Muda Gorontalo yang pintar melihat peluang, semoga jadi pengusaha Sukses Uti aa!), Mahkamah Yusuf (Vokalis Asrama), dan Bung Revan (yang saat ini lagi kena tipes—biasa, saki mahasiswa—semoga cepat sembuh!

Akhir kata, saya berharap ALLAH Subhana wa ta'ala, Rabb yang tidak ada sekutu bagi-Nya berkenan membalas segala kebaikan semua pihak yang telah membantu. Semoga tesis ini membawa manfaat bagi pengembangan ilmu dan penegakan konstruksi hukum di negeri Merah Putih ini. Allahu Akbar!

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI TUGAS
AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini :

Nama : Bustamil Hinta, SH. MH.
NPM : 0606151463
Program Studi : Pascasarjana
Departemen : Hukum Ekonomi/ Bisnis
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Tesis

Demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia Hak Bebas Royalti Noneksklusif (Non-exclusive Royalty-Free Right) atas karya ilmiah saya yang berjudul :

Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21-22/PUU-V/2007 Perihal Pengujian (Judicial Review) UU Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal.

beserta instrumen/disain/perangkat. Berdasarkan persetujuan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini, Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihkan bentuk, mengalihmediakan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (database), merawat, serta mempublikasikan tugas akhir saya selama mencantumkan nama saya sebagai penulis atau pencipta dan juga sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya secara sadar tanpa paksaan dari pihak manapun.

Dibuat di : Jakarta
Pada Tanggal : 03 Januari 2009

Yang membuat pernyataan

(Bustamil Hinta)

ABSTRAK

Nama : Bustamil Hinta, SH
Program Studi : Pascasarjana Fakultas Hukum UI
Judul : *Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21-22/PUU-V/2007 Perihal Pengujian (Judicial Review) UU Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal.*

Tesis ini membahas tentang polemik yang terjadi seputar pemberlakuan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal yang diakhiri dengan dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian (*Judicial Review*) UU Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal. Penulisan tesis dengan metode deskriptif-analitis-eksplanatoris yang menggunakan tipe penelitian hukum yuridis-normatif dengan pendekatan perundang-undangan (*Statute Approach*) dan pendekatan kepustakaan (*Library Approach*) yang mengacu pada analisa norma hukum dan pendapat para pakar hukum; dalam arti *law as it is written in the books* ini, menjadi lebih menarik karena ternyata putusan MK berupa *Judicial Review* UU Penanaman Modal yang baru ini di kemudian hari menimbulkan semacam keraguan akan *predictability* sistem hukum Indonesia dari berbagai kalangan terutama pihak investor. Hal ini terkait dengan *Legal Reasoning* dan determinan-determinan yuridis dan non-yuridis, yang mendasari keluarnya Putusan MK tersebut. Hasil penelitian menyarankan adanya upaya-upaya penguatan konstruksi hukum di Indonesia dalam berbagai aspeknya—*Structure, Substance* dan *Legal Culture*, khususnya dalam bidang Hukum Investasi dan pelaksanaan tugas, wewenang dan fungsi MK untuk menjamin adanya kepastian hukum, terutama bagi kegiatan investasi asing. Mengingat sebagaimana dikatakan Max Weber, bahwa *predictability*—kepastian hukum—inilah sebenarnya karakter dari suatu ‘Hukum Yang Ideal’, yang menjadikan hukum itu berwibawa.

Kata Kunci :
Judicial review MK, Penguatan Elemen Hukum, dan Kepastian Hukum

ABSTRACT

Name : Bustamil Hinta, SH
Study Program : Postgraduate of Faculty of Law, University of Indonesia
Title : An Analysis on Decision of Constitutional Court Number 21-22/PUU-V/2007 Concerning the Judicial Review of Law Number 25 of 2007 on Investment.

The thesis addresses a polemic arising out of the enactment of Law Number 25 of 2007 on Capital Investment which was brought to an end upon the issuance of Decision of Constitutional Court Number 21-22/PUU-V/2007 Concerning the Judicial Review of Law Number 25 of 2007 on Capital Investment. The thesis is written by applying the descriptive-analytical-explanatory method, using the judicial-normative legal research type, and employing the statute approach and literary approach referring to analyses on legal norms and opinions of legal experts; in term of law as it is written in the books, it becomes interesting as it turns out that it took a while before the Decision of Constitutional Court Concerning the Judicial Review of Law Number 25 of 2007 on Capital Investment finally gave rise to some doubt about the predictability of Indonesian legal system among many different parties particularly investors. This is related to the legal reasoning and the judicial and non-judicial determinants adopted as the bases for the issuance of that Decision of Constitutional Court. The result of the research suggests that there should be some efforts to strengthen the legal construction in Indonesia in its various aspects – structure, substance and legal culture –, particularly in the field of Investment Law and in the implementation of duties, authority and functions of Constitutional Court in order to ensure the existence of legal certainty, particularly in foreign investment activities. As stated by Max Weber, it is the predictability – legal certainty – which characterizes an “Ideal Law,” making the law respectable.

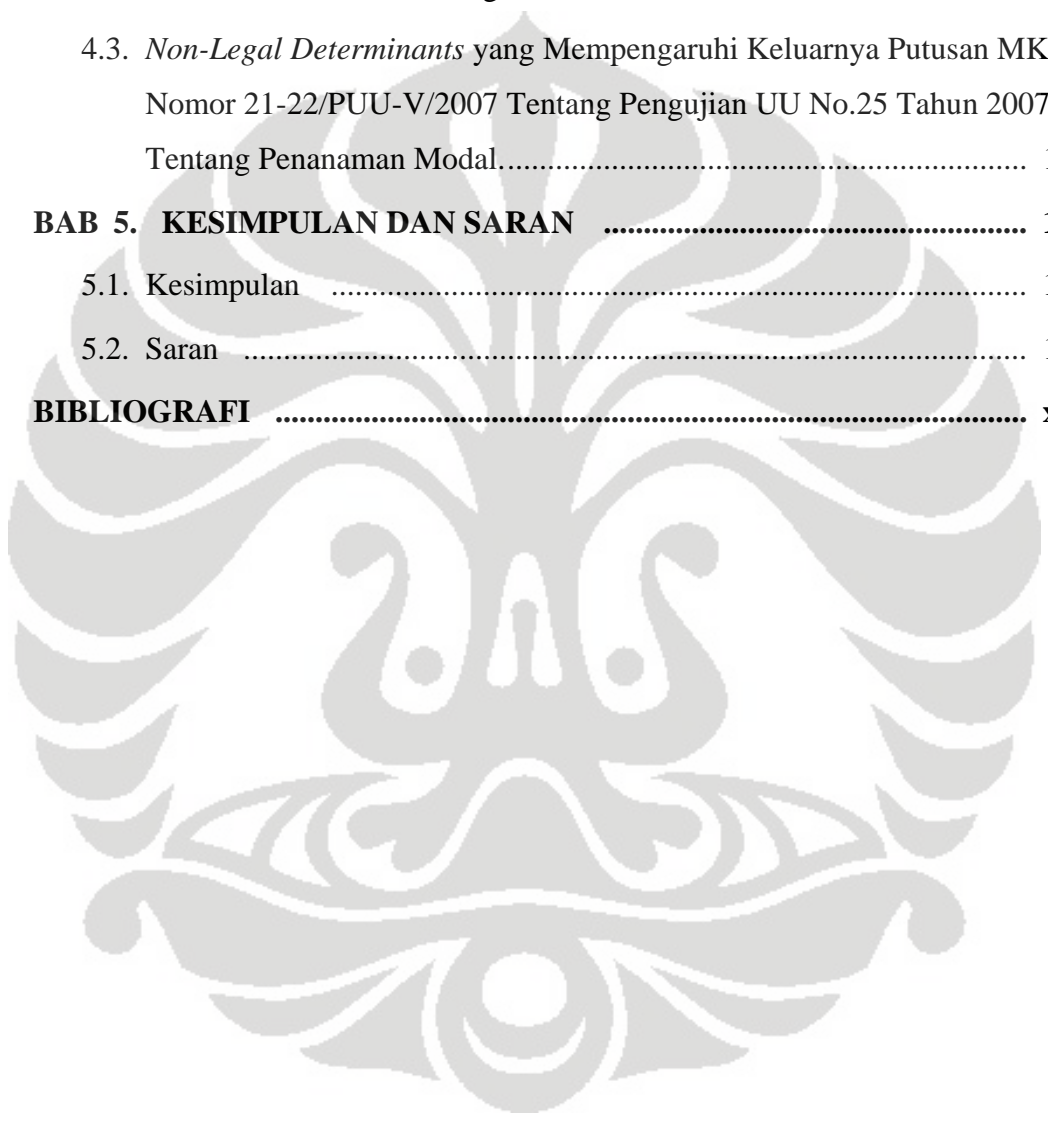
Key Words:

Judicial Review of Constitutional Court, Strengthening of Legal Elements, and Legal Certainty

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	vi
ABSTRAK	vii
ABSTRACT	viii
DAFTAR ISI	ix
BAB 1. PENDAHULUAN	1
1.1. Latar Belakang	1
1.2. Perumusan Masalah	12
1.3. Tujuan Penelitian	12
1.4. Manfaat Penelitian	13
1.5. Metode Penelitian	13
1.6. Batasan Penelitian	22
BAB 2. KERANGKA TEORI	29
2.1. Konsepsi Hukum Penguasaan Atas Tanah	29
2.1.1. Konsepsi Mengenai ‘Tanah’, ‘Bangunan’ Dan ‘Tanaman’ Yang Ada Di Atas Tanah Serta Hak-Hak Yang Ada Di Atasnya	29
2.1.2. Konsepsi Mengenai <i>Domein Verklaring</i>	33
2.1.3. Konsepsi Penguasaan Tanah Oleh Negara	38
2.2. Mahkamah Konstitusi dan <i>Judicial Review</i>	49
2.2.1. Mahkamah Konstitusi	49
2.2.2. <i>Judicial Review</i>	53
2.3. ‘The Five Qualities’ dari Leonard J. Theberge	58

BAB 3. TINJAUAN PUSTAKA	65
BAB 4. PEMBAHASAN	88
4.1. Pelaksanaan Judicial Review oleh MK (Pengalaman Indonesia)	88
4.2. Dasar Pertimbangan (<i>Legal Reasoning</i>) Yang Mendasari Keluarnya Putusan MK Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian UU No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal.....	128
4.3. <i>Non-Legal Determinants</i> yang Mempengaruhi Keluarnya Putusan MK Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian UU No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal.....	158
BAB 5. KESIMPULAN DAN SARAN	164
5.1. Kesimpulan	164
5.2. Saran	164
BIBLIOGRAFI	xi



BAB 1. PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

“Alasan pertama suatu negara mengundang modal asing adalah untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi (*economic growth*), guna memperluas lapangan kerja. Baru kemudian dengan masuknya modal asing, tujuan-tujuan lain ingin dicapai seperti mengembangkan industri substitusi import untuk menghemat devisa, alih teknologi, membangun prasarana, dan mengembangkan daerah tertinggal.” Demikian ungkapan seorang begawan Hukum Investasi Indonesia.¹

Pernyataan ini agaknya tidak terlalu berlebihan, dan lebih dari cukup untuk menggambarkan bagaimana *urgent*-nya penanaman modal asing di suatu negara. Terlepas apakah negara itu termasuk dalam kategori negara merdeka—dengan asumsi bahwa negara tersebut telah diakui oleh negara lain sebagai suatu negara, sehingga dengan pengakuan itu, investor asing diharuskan untuk ‘mohon permissi’ dulu sebelum menanamkan modalnya di negara yang bersangkutan—atau apakah negara *host country* itu berupa negara ‘setengah merdeka’,² negara miskin (*Poverty Country*), negara berkembang (*Development Country*) maupun negara *super power* sekalipun.

Beberapa studi di negara-negara tersebut diantaranya : Palestina³, Indonesia,⁴ Amerika Serikat,⁵ Jepang,⁶ India⁷ dan China⁸—mewakili *the most big*

¹ Erman Rajagukguk, *Hukum Investasi Di Indonesia, Anatomi Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*, (Jakarta: Fakultas Hukum Al Azhar Indonesia, 2007), hal.13.

² Kursif dari penulis—didasarkan pada pandangan terhadap suatu negara yang tidak pernah ‘sepi’ dari agresi kedaulatan oleh negara lain—Palestina.

³ Lihat salah satunya, tulisan David P. Fidler, *Foreign Private Investment In Palestine Revisited: An Analysis Of The Revised Palestinian Investment Law*, Case Western Reserve Journal of International Law Spring/Summer, 1999, (www.westlaw.com).

⁴ Beberapa diantaranya: Erman Rajagukguk (dalam berbagai tulisan, salah satunya adalah referensi yang digunakan pada *footnote* pertama, kemudian Hikmahanto Juwana—walaupun isi pidato ini lebih cenderung menilai aspek *bargaining power* negara-negara yang terlibat dalam lalu lintas modal asing, namun pada prinsipnya tetap menyadari pentingnya *Foreign Investment* masuk ke Indonesia—*Hukum Internasional Dalam Konflik Kepentingan Ekonomi Negara Berkembang Dan Negara Maju* (Pidato pada upacara pengukuhan sebagai Guru Besar Tetap Dalam Ilmu Hukum Internasional pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia), (Depok, 10 November 2001). dan Achmad Zen Umar Purba, *Peranan Sumber Daya Dan Investasi Dalam Perkembangan Hukum Internasional Kontemporer* (pidato pada upacara pengukuhan sebagai Guru Besar Tetap

country in Asia—dan negara-negara Eropa Barat⁹ umumnya menyimpulkan bahwa kemajuan negara-negara tersebut pada awalnya, dan tidak terkecuali saat ini juga *heavily endowed* oleh andil besar masuknya modal asing ke negara-negara itu.¹⁰

Khususnya di Indonesia, Penanaman Modal Asing baik dalam bentuk langsung (*Foreign Direct Investment-FDI*) maupun Investasi Portofolio (*Foreign Indirect Investment—FII*)¹¹ sering mengalami ‘musim’ pasang-surut dan hal ini adalah suatu kondisi yang wajar, mengingat bahwa pola kebijakan penanaman modal asing dari suatu negara tuan rumah (*host country*; seperti Indonesia) dalam menerima masuknya arus modal asing ke negaranya tergantung—atau menurut peneliti dan pendapat umum sebenarnya, lebih sesuai digunakan frasa ‘sangat

Dalam Ilmu Hukum Internasional pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia), (Depok, 7 September 2005). Tentunya dengan tidak mengabaikan penelitian dan studi pakar-pakar hukum investasi lainnya.

⁵ Salah satunya, lihat tulisan Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises And The Law*. (Oxford UK & Cambridge USA: Blackwell Publishers Inc., 1999), p.4-6

⁶ Ibid, Peter Muchlinski, p.5

⁷ Salah satunya, lihat tulisan Ary Muchtar Pedju, (makalah yang disampaikan pada Kongres Akademi Ilmu Pengetahuan Indonesia—AIPi), Hotel Borobudur - Jakarta, Rabu, 18 Juli 2007.

⁸ Ibid, Ary Muchtar Pedju (Makalah). Lihat juga Sentosa Sembiring, *Hukum Investasi*, (Bandung: Nuansa Aulia, 2007), hal.250-285

⁹ Dalam suatu artikelnya, *Dari Pilot Menjadi Duta Investasi*, Surat Kabar Harian Kompas Edisi Rabu, 5 Maret 2008 memberitakan tanggal 3-5 Maret ini, Indonesia dikunjungi oleh salah seorang Pangeran satu negara *icon* Eropa (baca; Inggris) yaitu Pangeran Andrew Albert Christian Edward, *The Duke Of Kent*, pewaris takhta keempat Kerajaan Inggris yang tadinya adalah seorang Perwira Angkatan Laut Inggris yang tiba-tiba ‘banting stir’ dan dinobatkan sebagai *Duta Investasi*—Utusan Khusus Inggris Untuk Perdagangan dan Investasi Internasional sejak tahun 2001 lalu. Kunjungan istimewa ini adalah salah satu gambaran terbaru tentang kuatnya kepentingan negara-negara Eropa Barat terhadap masuknya investasi asing ke negaranya.

¹⁰ Sebagai bahan perbandingan, penulis berpendapat tidak ada salahnya jika dilihat juga ‘pengakuan’ seorang *The Economic Hitman*, John Perkins, *Confession Of An Economic Hit Man* (Edisi Indonesia diterjemahkan oleh Herman Tirtaatmaja dan Dwi Karyani), (Jakarta: Abdi Tandur, 2005), yang membahasnya dengan pendekatan *conflict*-nya.

¹¹ Perbedaan antara *Foreign Direct Investment* dan *Portfolio Investment* selanjutnya dapat dilihat dalam berbagai literatur, diantaranya : John D. Daniels dan Lee H. Radebaugh, *International Business, Environments and Operations*, Seventh Edition, (United States of America: Addison-Wesley Publishing Company Inc.,1995), p.17-18. Juga sebagai perbandingan, Pandji Anoraga, *Perusahaan Multinasional Dan Penanaman Modal Asing*, Semarang: Pustaka Jaya, 1994. Salim HS, dan Budi Sutrisno, *Hukum Investasi Di Indonesia*, Jakarta: Rajagrafindo, 2008. dan lebih rinci di dalam tulisan Sentosa Sembiring, *Hukum Investasi*, (Bandung: Nuansa Aulia, 2007), hal.55-84. Khususnya bentuk investasi ini diatur dalam Undang-Undang Nomor 8 tahun 1995 tentang Pasar Modal, namun dalam penelitian ini tidak akan dibahas secara mendetail.

bergantung’—pada kondisi Sosial-Politik-Ekonomi dalam *scope* nasional maupun internasional.¹²

Gambaran iklim investasi asing di Indonesia—sebelum momentum berlakunya UU Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal—berdasarkan data BKPM diuraikan secara ringkas oleh Achmad Zen Umar Purba sebagai berikut :

“...persetujuan investasi (proyek baru, perluasan dan alih status) selama Januari hingga Maret 2005 adalah 332 proyek dengan nilai US\$ 4,282.3 juta; dibandingkan dengan periode yang sama pada 2004 yang hanya sebesar 251 proyek dengan nilai US\$ 1,565.8; terdapat kenaikan dalam nilai sebesar 273,5 %. Penyerapan tenaga kerja Indonesia adalah sebesar 55.591 orang, sedang potensi ekspor adalah US\$ 4,507.6 juta berasal dari 83 proyek. Dalam perbandingan lain, selama Januari 2005 saja investasi yang disetujui meningkat menjadi US\$ 872.1 juta dari US\$ 260.2 pada Januari sebelumnya.¹³

Selanjutnya, investasi di Indonesia pasca diberlakukannya Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal setidaknya ‘agak mendingan’ dibandingkan masa sebelumnya. Pernyataan—yang oleh sebagian orang dianggap—cenderung spekulatif ini untuk sementara waktu tidak ada salahnya kita terima dulu. Indikator utama dari pernyataan ini lebih didasarkan pada mulai bergairahnya kegiatan investasi, baik penanaman modal asing maupun penanaman modal dalam negeri ke berbagai sektor perekonomian nasional.¹⁴

Akan tetapi, di samping itu juga terdapat pandangan lain yang cukup tendensius dengan nada *skeptic* perihal ‘naik daun-nya’ performa investasi di Indonesia. Pandangan ini, menilai bahwa fakta di lapangan yang menunjukkan indikasi meningkatnya *performa* investasi di Indonesia bukan merupakan ukuran yang *valid* bahwa dengan sendirinya konstruksi hukum investasi di Indonesia pasca diberlakukannya UU Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal telah

¹² Stefan H. Robock dan Kenneth Simmonds, *International Business and Multinational Enterprises*, sebagaimana dikutip dalam tulisan Mahmul Siregar, *Perdagangan Internasional Dan Penanaman Modal : Studi Kesiapan Indonesia Dalam Perjanjian Investasi Multilateral*. (Medan: Sekolah Pascasarjana Universitas Sumatera Utara, 2005), hal.1.

¹³ Achmad Zen Umar Purba, *Peranan Sumber Daya Dan Investasi Dalam Perkembangan Hukum Internasional Kontemporer* (pidato pada upacara pengukuhan sebagai Guru Besar Tetap Dalam Ilmu Hukum Internasional pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia), (Depok, 7 September 2005), Catatan kaki, no.4

¹⁴ Diantaranya; lihat artikel *Dana Asing Makin Deras Beban BI Bakal Melonjak*, Kompas, Rabu, 5 Maret 2008

cukup memadai. Apalagi dengan adanya polemik seputar materi UUPM yang baru tersebut yang kemudian diakhiri dengan keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian (*Judicial Review*) UU Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal.

Sebagai ilustrasi kuatnya dorongan diajukannya *Judicial Review* terhadap UUPM yang baru itu diantaranya, meluasnya aksi-aksi unjukrasa di beberapa daerah di Indonesia, sebagai aksi penolakan terhadap undang-undang penanaman modal yang baru, yang menurut mereka sarat kepentingan asing.

Di Yogyakarta, para pengunjuk rasa mempermasalahkan pemberian fasilitas berupa hak guna usaha selama 95 tahun, hak guna bangunan 80 tahun, dan hak pakai 70 tahun. "Pemerintah secara terang-terangan telah memberikan semua lahan pertanian dan perkebunan kepada korporasi atau pemodal luar negeri," tutur Agus. Anggota DPRD Immanuel Wahyudi menyatakan bahwa RUU Penanaman Modal bisa membuka peluang terjadinya korupsi. "Korupsi melalui regulasi jauh lebih berbahaya, sudah seharusnya kami tolak," ucap Immanuel. RUU Penanaman Modal juga dianggap membuka pintu ke arah kapitalisme. Padahal, dalam sistem kapitalisme tidak ada ruang untuk memperjuangkan kepentingan masyarakat.¹⁵

Di Solo, Puluhan orang yang tergabung dalam koalisi Aliansi Masyarakat untuk Kesejahteraan Rakyat atau AMUK Rakyat berunjuk rasa menolak Rancangan Undang-Undang Penanaman Modal. Mereka menilai RUU Penanaman Modal merupakan bukti kebijakan yang tidak memihak rakyat. Aksi unjuk rasa itu gabungan dari beberapa elemen masyarakat, diantaranya Badan Eksekutif Mahasiswa Universitas Negeri Sebelas Maret Surakarta, Pergerakan Mahasiswa Islam Indonesia Sukoharjo, BEM Universitas Muhammadiyah Surakarta, dan Forum Komunikasi Pedagang Kaki Lima Solo.¹⁶

Sebelumnya gabungan beberapa LSM yang terdiri dari PBHI (Perhimpunan Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia Indonesia), JATAM (Jaringan Advokasi Tambang), Sekretariat Bina Desa, KPA (Konsorsium

¹⁵<http://www.kompas.co.id/cgi-in/query.idq?CiRestriction=penanaman+Modal+asing.htm>

¹⁶ Ibid, <http://www.kompas.co.id>

Pembaruan Agraria), KPI (Koalisi Perempuan Indonesia), KAU (Koalisi Anti Utang), FSPI (Federasi Serikat Petani Indonesia), KPKB (Kelompok Perempuan untuk Keadilan Buruh), INFID (*International NGO's Forum for Indonesian Development*) dan WALHI (Wahana Lingkungan Hidup) Juga melakukan aksi protes dalam bentuk siaran pers yang bermuara pada dilakukannya *Judicial Review* atas Undang-Undang Penanaman Modal yang baru itu.¹⁷

Polemik yang mengerucut sejak Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal yang masih berbentuk draft RUU¹⁸, kemudian berlanjut pada masa pemberlakuannya, hingga keluarnya Putusan MK tersebut terkait dengan kritikan terhadap pasal-pasal yang—oleh pengkritiknya—‘dianggap’ kontroversi dan berbau kapitalistik serta ‘tidak nasionalis’.

Pasal-pasal yang dianggap bertentangan dengan konstitusi (inskonstitusional) oleh para pemohon¹⁹ itu diantaranya : "Pasal 22 ayat (1), (2) dan (4) UU Penanaman Modal, sepanjang menyangkut kata-kata di muka sekaligus, tidak mempunyai kekuatan hukum. Selanjutnya Jimly mengatakan : "Dalil para pemohon tentang inskonstitusional ketentuan Pasal 1 ayat (1), Pasal 3 ayat (1) huruf d, Pasal 4 ayat (2) huruf a, Pasal 8 ayat (1) dan ayat (3), Pasal 12 ayat (1), ayat (3), dan ayat (4), serta Pasal 21 UU Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal.²⁰

¹⁷ http://www.koalisiperempuan.or.id/def_menu.php

¹⁸ Merujuk pada draft Rancangan Undang-Undang Tentang Penanaman Modal yang disetujui dalam rapat Panitia Kerja yang diketuai oleh Didik J. Rachbini dari Fraksi Partai Amanat Nasional yang digelar pada 22 Maret 2007. Sumber : <http://www.koalisiperempuan.or.id/>

¹⁹ Para pemohon yang memiliki *legal standing* untuk mengajukan *judicial review* UU Penanaman Modal [yang baru] ini terdiri dari : 1). Pemohon I, adalah Tim Advokasi Gerak Lawan, yang dimotori oleh lembaga hukum dan beberapa LSM terkait seperti Perhimpunan Bantuan Hukum dan Hak Azasi Manusia Indonesia (PBHI), Federasi Serikat Petani Indonesia (FSPI), Aliansi Petani Indonesia (API), Yayasan Bina Desa Sadarjiwa (YBDS), Perserikatan Solidaritas Perempuan (PSP), Federasi Serikat Buruh Jabotabek (FSBJ), Wahana Lingkungan Hidup Indonesia (WALHI), Konsorsium Pembaruan Agraria (KPA), Suara Hak Azasi Manusia (SHMI), Asosiasi Pendamping Perempuan Usaha Kecil (ASPPUK) yang diwakili oleh Johnson Panjaitan, SH. dkk. 2). Pemohon II, adalah warga negara Indonesia (biasa) yang diwakili oleh A. Patra M. Zen, SH. LL.M. dkk., dari Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI), Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Jakarta, dan Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Bandar Lampung.

²⁰ *ibid*, Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, mahkamah.konstitusi.go.id, lihat juga <http://www.erasuslim.com/berita/nas/> <http://www.suarakarya-online.com/news.html?id,> <http://www.republika.co.id/>

Dan puncak dari polemik itu adalah keluarnya putusan Nomor 021-022/PUU-V/2007 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal, dengan amar putusan sebagai berikut :

Dengan mengingat ketentuan Pasal 56 Ayat (2), Ayat (3), dan Ayat (5) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316);

Mengadili:

- Menyatakan permohonan para Pemohon **dikabulkan untuk sebagian;**
- Menyatakan:
 - Pasal 22 Ayat (1) sepanjang menyangkut kata-kata “di muka sekaligus” dan “berupa:
 - a. Hak Guna Usaha dapat diberikan dengan jumlah 95 (sembilan puluh lima) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 60 (enam puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 35 (tiga puluh lima) tahun;
 - b. Hak Guna Bangunan dapat diberikan dengan jumlah 80 (delapan puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 50 (lima puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 30 (tiga puluh) tahun; dan
 - c. Hak Pakai dapat diberikan dengan jumlah 70 (tujuh puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 45 (empat puluh lima) tahun dan dapat diperbarui selama 25 (dua puluh lima) tahun”;
 - Pasal 22 Ayat (2) sepanjang menyangkut kata-kata “di muka sekaligus”;
 - Pasal 22 Ayat (4) sepanjang menyangkut kata-kata “sekaligus di muka”;

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan

Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4724) **bertentangan dengan UUD 1945;**

- Menyatakan:
 - Pasal 22 Ayat (1) sepanjang menyangkut kata-kata “di muka sekaligus” dan “berupa:
 - a. Hak Guna Usaha dapat diberikan dengan jumlah 95 (sembilan puluh lima) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 60 (enam puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 35 (tiga puluh lima) tahun;
 - b. Hak Guna Bangunan dapat diberikan dengan jumlah 80 (delapan puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 50 (lima puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 30 (tiga puluh) tahun; dan
 - c. Hak Pakai dapat diberikan dengan jumlah 70 (tujuh puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 45 (empat puluh lima) tahun dan dapat diperbarui selama 25 (dua puluh lima) tahun”;
 - Pasal 22 Ayat (2) sepanjang menyangkut kata-kata “di muka sekaligus”;
 - Pasal 22 Ayat (4) sepanjang menyangkut kata-kata “sekaligus di muka”;

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4724) **tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat**, sehingga Pasal 22 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 dimaksud menjadi berbunyi:

- (1) Kemudahan pelayanan dan/atau perizinan hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21 huruf a dapat diberikan dan diperpanjang dan dapat diperbarui kembali atas permohonan penanam modal.

- (2) Hak atas tanah sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) dapat diberikan dan diperpanjang untuk kegiatan penanaman modal, dengan persyaratan antara lain:
- a. penanaman modal yang dilakukan dalam jangka panjang dan terkait dengan perubahan struktur perekonomian Indonesia yang lebih berdaya saing;
 - b. penanaman modal dengan tingkat risiko penanaman modal yang memerlukan pengembalian modal dalam jangka panjang sesuai dengan jenis kegiatan penanaman modal yang dilakukan;
 - c. penanaman modal yang tidak memerlukan area yang luas;
 - d. penanaman modal dengan menggunakan hak atas tanah negara; dan
 - e. penanaman modal yang tidak mengganggu rasa keadilan masyarakat dan tidak merugikan kepentingan umum.
- (3) Hak atas tanah dapat diperbarui setelah dilakukan evaluasi bahwa tanahnya masih digunakan dan diusahakan dengan baik sesuai dengan keadaan, sifat, dan tujuan pemberian hak.
- (4) Pemberian dan perpanjangan hak atas tanah yang diberikan dan yang dapat diperbarui sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) dan Ayat (2) dapat dihentikan atau dibatalkan oleh Pemerintah jika perusahaan penanaman modal menelantarkan tanah, merugikan kepentingan umum, menggunakan atau memanfaatkan tanah tidak sesuai dengan maksud dan tujuan pemberian hak atas tanahnya, serta melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan.
- Menyatakan permohonan para Pemohon ditolak untuk selebihnya;
 - Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

Demikian diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim Konstitusi pada hari Senin, 17 Maret 2008 oleh sembilan Hakim Konstitusi, yang diucapkan dalam Sidang Pleno terbuka untuk umum pada hari ini, Selasa, 25 Maret 2008,

oleh kami, Jimly Asshiddiqie sebagai Ketua merangkap Anggota, H. Harjono, H.M. Laica Marzuki, I Dewa Gede Palguna, H. Abdul Mukthie Fadjar, H.A.S. Natabaya, H. Achmad Roestand, Maruarar Siahaan, dan Soedarsono, masing-masing sebagai Anggota dengan didampingi oleh Alfius Ngatrin sebagai Panitera Pengganti serta dihadiri oleh Kuasa para Pemohon, Pemerintah atau yang mewakili, dan Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili;²¹

Di samping itu, terhadap putusan ini, seorang Hakim Konstitusi, yaitu Hakim Konstitusi H.A.S. Natabaya mempunyai alasan berbeda (*concurring opinion*), dan seorang Hakim Konstitusi, yaitu Hakim Konstitusi Maruarar Siahaan, mempunyai pendapat berbeda (*dissenting opinion*).²²

Jadi, secara ringkas, isi putusan itu sendiri menyatakan bahwa bagian dari Pasal 22 UU PM yang bertentangan dengan UUD 1945, yaitu Pasal 22 ayat (1) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal, juga Pasal 22 ayat (2) sepanjang menyangkut kata-kata “*di muka sekaligus*” dan Pasal 22 ayat (4) sepanjang menyangkut kata-kata “*sekaligus di muka*” juga dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945.²³

Adapun terkait dengan sebagian ketentuan mengenai Hak Guna Usaha (HGU), Hak Guna Bangunan (HGB), dan Hak Pakai—yang dapat diperpanjang di muka sekaligus itu—negara dikatakan dapat menghentikan atau membatalkan sewaktu-waktu. MK berpendapat meskipun alasan tersebut telah ditentukan secara limitatif dalam Pasal 22 ayat (4) UU PM, namun kewenangan negara untuk menghentikan atau tidak memperpanjang HGU, HGB, dan Hak Pakai tersebut tidak lagi dapat dilakukan atas dasar kehendak bebas negara. Karena, perusahaan penanaman modal dapat saja mempersoalkan secara hukum keabsahan tindakan penghentian atau pembatalan hak atas tanah itu. Sehingga, bagi MK, pemberian

²¹ Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian (*Judicial Review*) UU Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal, hal.264-267

²² Ibid, Putusan Mahkamah Konstitusi, hal.269-285. Selanjutnya, detail dari pendapat kedua Hakim Konstitusi ini akan dibahas pada bab 4 (bab pembahasan).

²³ Op.Cit. <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>

perpanjangan hak-hak atas tanah sekaligus di muka tersebut telah mengurangi dan bahkan melemahkan kedaulatan rakyat di bidang ekonomi.²⁴

Selanjutnya, sebagai konsekuensi dinyatakan inkonstitusionalnya sebagian ketentuan tersebut, maka terhadap pemberian kemudahan dan/atau pelayanan kepada perusahaan penanaman modal untuk memperoleh hak atas tanah, sepanjang berkaitan langsung dengan penanaman modal, ketentuan yang berlaku adalah ketentuan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan lainnya—Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA), dan Undang-Undang terkait lainnya yang berlaku sebelumnya..²⁵

Di sisi lain, keluarnya putusan MK ini tentunya akan menimbulkan duga prasangka di kalangan investor—terutama investor asing—yang berniat menanamkan modalnya di Indonesia perihal *predictability*-nya hukum investasi di Indonesia. Di sisi lain juga harus diakui, bahwa keluarnya putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia ini hanya merupakan *last but not least* dari konstruksi Hukum Investasi Di Indonesia, khususnya dalam bidang Investasi Asing Langsung (*Foreign Direct Investment—FDI*).

Satu hal yang juga perlu sidang pembaca cermati bersama adalah, terhadap masalah mendasar yang sangat dominan mempengaruhi—untuk tidak dibilang sebagai determinan utama munculnya *Judicial Review* UUPM yang baru—adalah ungkapan Zainal Abidin, mewakili Kuasa Pemohon Perkara ketika ditemui seusai sidang menyatakan, “walaupun hanya sebagian permohonan yang dikabulkan, tetapi Putusan MK merupakan selangkah kemenangan atas perjuangan melawan kapitalisme yang berbasis *neo-liberalisme*. Kami akan melangkah lebih jauh lagi menggunakan jalur-jalur hukum yang masih tersedia,” ujar advokat dari Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia ini.²⁶

Statement yang bernada apriori ini sedikitnya menunjukkan adanya determinan-determinan di luar pertimbangan hukum (*non-legal determinants*)

²⁴ Op.Cit. <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>

²⁵ Op.Cit. <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>

²⁶ Ibid, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>

yang juga turut memberikan andil keluarnya Putusan MK tentang Judicial Review UU No. 25 Tahun 2007 itu. Dan hal ini tentu saja akan menjadi preseden bagi konstruksi hukum terutama Hukum Investasi di Indonesia.

Namun terlepas dari semua perdebatan itu, satu hal yang perlu digaris bawahi, dengan keluarnya putusan Mahkamah Konstitusi *Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian UU No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal* akan mempunyai pengaruh luas terhadap kinerja Penanaman Modal di Indonesia. Mengingat dicabutnya UU PMA dan UU PMDN oleh ketentuan peralihan dalam Pasal 37 jo Pasal 39 UU No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal, adalah salah satu bentuk reformasi terhadap tatanan hukum yang telah berlaku selama kurang lebih empat dasawarsa, khususnya dalam aspek *substance*.²⁷

Di samping itu, reformasi dalam aspek *substance*, perbaikan pada elemen *structure* dan *legal culture* dalam sistem hukum Indonesia terkait dengan Investasi asing juga perlu mendapat perhatian serius. Penguatan institusi-institusi hukum menurut L. Michael Hager sebagaimana dikutip oleh Erman Rajagukguk dalam pidato yang disampaikan pada Dies Natalies dan Peringatan Tahun Emas Universitas Indonesia (1950-2000), di Kampus UI-Depok pada 5 Februari 2000 lalu adalah: “*precondition for economic change*”, *crucial to the viability of new political system*”, and “*an agent of social change*”.²⁸

Eratnya interkoneksi ketiga institusi hukum ini direpresentasikan dengan sebuah anekdot yang cukup menggelitik dari segelintir orang, “mau peraturan model bagaimanapun—*substance*—tanpa kedua elemen lainnya tadi—*structure* dan *legal culture*, hukum hanyalah sekedar kumpulan maklumat.” Dan jika opini ini dianggap benar, maka pikiran Lao Tse—Tao Te Ching²⁹ (filsuf Cina

²⁷ Jurnal Hukum Bisnis, *Tinjauan Hukum Atas UU Penanaman Modal No.25 Tahun 2007 : Sebuah Catatan*, Volume 26, No.4, tahun 2007 (Jakarta: Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis-YPHB, 2007), hal.12.

²⁸ Erman Rajagukguk, *Peranan Hukum Di Indonesia: Menjaga Persatuan, Memulihkan Ekonomi Dan Memperluas Kesejahteraan Sosial*, pidato yang disampaikan pada Dies Natalies dan Peringatan Tahun Emas Universitas Indonesia (1950-2000), di Kampus UI-Depok, 5 Februari 2000.

²⁹ Lao Tse dikenal juga sebagai pendiri ajaran Taoisme yang salah satu ajarannya adalah, “*aturan dan batasan sudah terlalu banyak. Karena itu, menambah lagi undang-undang atau memperkeras ketentuan-ketentuan lama yang sudah ada, hanya mengakibatkan keadaan bertambah buruk*”.

abad 4 SM) juga tidak dapat disalahkan sepenuhnya.³⁰ Berdasarkan uraian di atas, perbaikan dalam tiga aspek sistem hukum—*Substance, Structure dan Legal Culture*—merupakan sesuatu yang urgen dalam rangka menggairahkan iklim investasi asing di suatu negara.

Oleh karena itulah, peneliti berpendapat, sangat menarik untuk membahas *Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21-22/PUU-V/2007 Perihal Pengujian (Judicial Review) UU Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*.

1.2. Perumusan Masalah

1. Sejauhmanakah pelaksanaan *Judicial Review* oleh Mahkamah Konstitusi dalam konstruksi hukum di Indonesia? (Teori dan Praktek *Judicial Review* oleh MK di Indonesia).
2. Apa sajakah dasar pertimbangan hukum (*Legal Reasoning*) Mahkamah Konstitusi yang mendasari keluarnya putusan *Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian UU No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*?
3. Apa sajakah faktor-faktor non hukum (*Non-Legal Determinants*) yang mempengaruhi Putusan MK Nomor 21-22/PUU-V/2007 Perihal Pengujian UU No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal?

1.3. Tujuan Penelitian

1. Untuk melihat teori dan praktek *Judicial Review* oleh Mahkamah Konstitusi dalam konstruksi hukum di Indonesia?
2. Untuk menganalisa apa sajakah dasar pertimbangan hukum (*Legal Reasoning*) Mahkamah Konstitusi yang mendasari keluarnya putusan *Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian UU No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*?

³⁰ Michael H. Hart, *The 100*, yang dialihbahasakan oleh Tim Penerbit Kharisma Publishing Group, *100 Tokoh Paling Berpengaruh Sepanjang Masa*, (Batam : Kharisma Publishing Group, 2005), hal.322

3. Untuk menganalisa apa sajakah faktor-faktor non hukum (*Non-Legal Determinants*) yang mempengaruhi Putusan MK Nomor 21-22/PUU-V/2007 Perihal Pengujian UU No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal?

1.4. Manfaat Penelitian

1. Untuk keperluan akademis dalam menggali teori-teori hukum berkaitan dengan *Hukum Investasi*—dalam hal ini terkait dengan *Foreign Direct Investment*.
2. Sebagai salah satu referensi teoritis bagi para praktisi hukum yang *concern* dengan masalah-masalah hukum di bidang Investasi Asing berkaitan dengan polemik mengenai Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal sampai dengan keluarnya putusan Mahkamah Konstitusi *Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian UU No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*.
3. Untuk peneliti, sebagai salah satu syarat memperoleh Gelar Magister Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

1.5. Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan adalah penelitian yuridis-normatif dengan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan kepustakaan (*library approach*) yang mengacu pada analisa norma hukum dan pendapat para pakar hukum, dalam arti *law as it is written in the books*, yang disandingkan dengan implikasi hukum keluarnya putusan judicial review Mahkamah Konstitusi terhadap UU Penanaman Modal [yang baru], yang merupakan *law in action*.³¹

Dengan pendekatan kepustakaan (*library approach*) juga akan dilihat beberapa pendapat dan teori hukum para pakar hukum yang terkait dengan Hukum Investasi untuk menemukan hal-hal yang diperlukan dalam menganalisa

³¹ Ronald Dworkin, *Legal Research* (Daedalus: Spring, 1973), p.250.

Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian UU No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal.

Adapun bentuk penelitian yang digunakan, berdasarkan sifatnya, penelitian kali ini merupakan Penelitian Eksplanatoris, yang bertujuan untuk menggambarkan atau menjelaskan lebih dalam suatu gejala. Dalam hal ini akan menjelaskan fenomena keluarnya Putusan MKRI, dasar keluarnya putusan dan implikasi hukum terhadap konstruksi Hukum Investasi di Indonesia.³²

Selanjutnya, jika dilihat dari bentuknya, penelitian ini adalah Penelitian Preskriptif, yang bertujuan memberikan jalan keluar atau saran untuk mengatasi permasalahan yang ada. Sedangkan jika dilihat dari sudut tujuannya, penelitian ini termasuk penelitian *problem solution*, yaitu penelitian yang bertujuan memberikan jalan keluar atau saran pemecahan permasalahan. Dan dari sudut penerapannya, penelitian ini adalah Penelitian berfokus masalah (*problem focus research*), yaitu penelitian yang menghubungkan penelitian murni dengan penelitian terapan. Dalam penelitian ini, permasalahan yang diteliti didasarkan pada teori atau dilihat kaitannya antara teori dan praktek.³³

Di samping itu, dilihat dari sudut ilmu/ disiplin yang dipergunakan, penelitian ini adalah Penelitian Interdisipliner, yaitu penelitian yang menggunakan 'kolaborasi' lebih dari satu disiplin ilmu yang bekerjasama dan menggunakan satu model metode yang dipilih. Pertimbangan memilih jenis penelitian ini adalah, karena peneliti melihat bahwa keluarnya putusan MKRI tentang *Judicial Review* UU PM [yang baru] itu tidak terlepas dari anasir-anasir politis yang merupakan kajian disiplin ilmu politik.³⁴

Sedangkan pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah Pendekatan Deskriptif, yang melakukan penelitian tentang fenomena yang terdapat pada masa sekarang. Prosesnya berupa pengumpulan dan penyusunan data, serta analisa dan penafsiran data tersebut. Bentuk pendekatan ini berupa :

- 1). Komparatif, membandingkan persamaan dan perbedaan fenomena tertentu,

³² Lihat Sri Mamudji dkk., *Metode Penelitian Dan Penulisan Hukum*, (Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), dan juga Amiruddin dan H. Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2006).

³³ Ibid, Sri Mamudji dkk., juga Amiruddin dan H. Zainal Asikin.

³⁴ Ibid, Sri Mamudji dkk., juga Amiruddin dan H. Zainal Asikin.

dalam hal ini hendak membandingkan kondisi sebelum dan sesudah keluarnya Putusan MKRI itu. 2). Kuantitatif, dengan mengukur berbagai dimensi dari fenomena yang diamati, dalam hal ini—karena metode yang digunakan adalah metode kualitatif, maka pengukurannya bersifat terbatas pada bagian-bagian yang memang memerlukan data statistik. Misalnya, bagaimana statistik jumlah nilai investasi dan jumlah investor sebelum dan sesudah keluarnya Putusan MKRI itu.. 3). Normatif, dengan mengadakan klasifikasi, penilaian, standar norma, hubungan dan kedudukan suatu unsur dengan unsur lain, terkait dengan implikasi hukum keluarnya Putusan MKRI itu terhadap Hukum Investasi di Indonesia.³⁵

Selanjutnya terkait dengan data—khususnya di dalam Penelitian Hukum—menurut tempat diperolehnya, data terdiri dari dua macam, yaitu : *Data Primer* dan *Data Sekunder*. Data Primer adalah data yang diperoleh langsung dari masyarakat, biasanya diperoleh dengan jalan dimana seorang peneliti tinggal dalam waktu yang cukup lama bersama objek yang ditelitinya dan berpartisipasi serta berinteraksi secara intensif dengan mereka sehingga memperoleh data-data yang langsung di lapangan. Oleh karena itu, jenis data ini lebih sulit dan memakan waktu serta biaya yang tidak sedikit. Sedangkan Data Sekunder adalah data yang diperoleh dari kepustakaan.³⁶

Satu hal yang menarik berkenaan dengan hal ini adalah ungkapan Holmes yang menyatakan bahwa, “*The Life of Law has not been logic, it has been experience,*” mengandung pengertian bahwa hendaknya suatu penelitian hukum harus dapat melihat ‘hidupnya’ di masyarakat, tidak melulu mendasarkan penelitian hanya dengan menelaah dan mengkaji hukum ‘di atas kertas’. David Hume (Kritikus dan Ahli Filsafat, 1711 – 1776), menyatakan : “*Orang disebut bijaksana jika ia selalu mempertimbangkan apa yang diyakininya dengan kenyataan yang ada.*”³⁷

Di samping itu, Manheim membedakan data berdasarkan tingkat kepercayaan peneliti terhadap data, yaitu : 1). *First Level Data*, adalah data yang

³⁵ Lihat tulisan Tim Pengajar Metode Penelitian Hukum (Prof. Vallerine, dkk.), *Metode Penelitian Hukum Buku B*, Depok: FHUI, 2000

³⁶ Ibid, Sri Mamudji dkk.

³⁷ L. Murbandono, HS. *Pemikir Besar Dunia, Ucapan dan Kebijaksanaan*. Jakarta: Gramedia Widiasarana Indonesia, 2004, hal. 63

diperoleh dari hasil wawancara. 2). *Second Level Data*, adalah data yang diperoleh dari hasil pengamatan, dan 3). *Third Level Data*, adalah data yang diperoleh dari hasil pengamatan—orang ketiga; peneliti sebelumnya—yang dicatat.³⁸

Adapun mengenai data sekunder, jenis data ini dilihat dari kekuatan mengikatnya terdiri dari : *Pertama*, Bahan Hukum Primer : Norma Dasar, Peraturan Dasar, Peraturan Perundang-undangan, Bahan hukum tidak tertulis, yurisprudensi dan/atau putusan-putusan lembaga peradilan, traktat, bahan hukum zaman penjajahan yang masih berlaku; *Kedua*, Bahan hukum sekunder, berfungsi untuk menjelaskan/ membahas bahan hukum primer : berupa rancangan peraturan perundang-undangan, buku, artikel ilmiah, laporan penelitian, tulisan-tulisan ilmiah lainnya seperti skripsi, tesis dan disertasi; dan *Ketiga*, Bahan Hukum Tertier, membahas/menjelaskan bahan hukum sekunder, mis : kamus, ensiklopedi, sumber geografi, sumber biografi, timbangan buku dan indeks.³⁹

Jenis data sekunder juga dikategorikan dalam dua kelompok, yaitu: *pertama*, data sekunder yang bersifat pribadi, yang terdiri dari : 1). Dokumen pribadi, misalnya surat dan catatan harian, 2). Data pribadi yang tersimpan di lembaga dimana orang pernah atau sedang bekerja. Dan *kedua*, data sekunder yang bersifat publik, yang terdiri dari 1). Data arsip, 2). Data resmi pada instansi pemerintah, yang kadang-kadang tidak mudah untuk diperoleh, karena sifatnya yang rahasia. 3). Data lainnya yang dipublikasikan.⁴⁰

Sedangkan lokasi/ tempat untuk memperoleh data sekunder—menurut Sri Mamudji dkk.⁴¹—diantaranya: 1). Perpustakaan (*Librabry; Inggris, Bibliothek; Jerman, Bibliotheek; Belanda, Bibliotheque; Perancis, Bilibitea; Spanyol*), adalah ruangan atau bagian dari sebuah gedung atau gedung itu sendiri, yang digunakan untuk melakukan usaha yang teratur dan sistematis menyelenggarakan pengumpulan, perawatan dan pengelolaan bahan pustaka,

³⁸ Sri Mamudji dkk., Op. Cit.

³⁹ Ibid, Sri Mamudji dkk, dan sebagai pembanding dapat melihat Sri Mamudji, Penelusuran Kepustakaan Hukum, Bimtek Pengelola Dokumentasi Dan Informasi Hukum, Kerjasama BPHN dengan Sekjen DPR-RI, Jakarta: 31 Januari 2000.

⁴⁰ Sri Mamudji dkk., Loc. Cit. hal.31

⁴¹ Ibid, Sri Mamudji dkk.

untuk disajikan dalam bentuk layanan yang bersifat edukatif, informatif dan rekreatif kepada pemakai. 2). Pusat Dokumentasi, adalah badan/ lembaga yang bertugas untuk menyimpan dokumen yang berbentuk bukan buku untuk diolah, diberi anotasi dan diidentifikasi untuk distribusi kepada pemakai.

3). Arsip, yang dalam hal ini adalah sebuah lembaga/ badan yang bertugas menyimpan berkas pranata umum/swasta yang dinilai perlu disimpan secara permanen untuk tujuan dan acuan penelitian. 4). Pusat Informasi, yaitu badan/ lembaga yang melakukan *review*, mengevaluasi, menganalisis dan mensintesis informasi atau data. Informasi atau data berasal dari perpustakaan, pusat dokumentasi dan badan arsip

Di samping itu, di dalam penelitian ini selain menggunakan Peraturan Perundang-undangan yang telah disebutkan sebelumnya sebagai bahan hukum primer, juga akan menggunakan bahan hukum sekunder berupa bahan-bahan yang akan menjelaskan bahan hukum primer tersebut, diantaranya terdiri dari buku-buku literatur, jurnal, makalah-makalah, media massa baik cetak maupun elektronik, internet, dan informasi lainnya yang terkait dengan *Foreign Direct Investment* di Indonesia pada khususnya, dan di level internasional pada umumnya. Adapun bahan hukum sekunder ini nantinya didukung dengan bahan hukum tersier yang akan memperkuat validitas bahan hukum sekunder tersebut, sehingga dengan sendirinya akan menjadikan bahan hukum primer *reliable* dan valid.⁴²

Selain sumber-sumber penelitian yang berupa bahan-bahan hukum, peneliti juga menggunakan bahan-bahan non hukum yang mempunyai relevansi dengan topik penelitian, misalnya berupa buku, hasil penelitian, dan jurnal-jurnal mengenai investasi, termasuk artikel-artikel di internet. Dan khususnya mengenai sumber yang terakhir ini—internet—peneliti tetap melakukan ‘kroscek’ dengan sumber-sumber kepustakaan yang memang lebih bisa dipertanggungjawabkan dari segi keotentikannya. Hal ini tentu saja untuk menghindari ‘kekhawatiran’ beberapa pakar penelitian yang menyatakan bahwa :

⁴² Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2001), hal.52.

“The mushroom growth of ‘databases’ on the internet has given the public at large the conviction that it is not a but the repository of knowledge—“if you want to know anything about anything, click online.” This is a misconception. Many databases are extremely useful; others may mislead; and in any case we must re-affirm that the modern researcher’s first step should still be to the library. This injunction is not to mark down a new resource that may profitably be tapped for information by wire or wire-less from a computer”⁴³

Penggunaan bahan-bahan non hukum ini dimaksudkan untuk memperkaya dan memperluas wawasan peneliti.⁴⁴

Studi kepustakaan dalam penelitian ini dilakukan di beberapa tempat, antara lain Perpustakaan Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia di Kampus Pascasarjana FHUI Salemba, Perpustakaan Pusat Universitas Indonesia dan Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Indonesia di Kampus UI Depok, serta beberapa pusat bacaan lainnya, diantaranya Freedom Institute di jalan Irian No.8 Menteng Jakarta Pusat 10350 Telepon: (021) 31909226 Faksimili : (021) 3916981 Website: <http://www.freedom-institute.org> E-mail: office@freedom-institute.org

Sedangkan berkenaan dengan data-data lainnya, peneliti juga melakukan riset terbatas ke instansi-instansi terkait, antara lain : Kantor Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, terutama perpustakaan yang modern dan terlengkap—khususnya terkait dengan segala informasi dan data tentang MK dan kinerjanya—sejak MK berdiri sampai saat tesis ini dibuat, yang beralamat di jalan Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta 10110, Telepon : 23529000 dan Kantor Badan Koordinasi Penanaman Modal Republik Indonesia yang beralamat di jalan Jenderal Gatot Subroto No. 44 Jakarta 12190 Indonesia, telepon : (62-21) 525-2008, 525-2649, 525-4981 Faksimili : (62-21) 525-4945, dengan Email : [sysad\[at\]bkpm.go.id](mailto:sysad@bkpm.go.id) P.O. Box 3186 Jakarta.

Pada akhirnya, peneliti menggunakan logika deduktif dengan beberapa kesimpulan dan saran untuk menjawab atas permasalahan yang ada.

⁴³ Lihat Jacques Barzun and Henry F. Graff, *The Modern Researcher*, 6th Edition (Belmont, CA-USA, 2004), p.39-40

⁴⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2005), hal.143,163,dan 164.

Satu hal yang menarik terkait dengan penggunaan suatu metode penelitian, peneliti sependapat dengan Otje Salman dalam bukunya *Teori Hukum*,⁴⁵ dengan mengutip pendapat Paul Feyerabend yang menegaskan bahwa [sebenarnya], tidak ada metodologi ilmu—termasuk dalam ilmu hukum tentunya—yang pernah dikemukakan selama ini mencapai sukses. Cara utama walaupun bukan satu-satunya, yang digunakan untuk mendukung klaimnya ialah memperlihatkan bahwa metodologi-metodologi tidak sejalan atau tidak bisa cocok dengan sejarah perkembangan ilmu. Menurutnya bahwa metodologi ilmu telah gagal menyediakan hukum-hukum yang memadai untuk membimbing aktivitas para ilmuwan. Lebih lanjut dikatakan olehnya, bahwa mengingat kompleksitas sejarah, maka paling tidak masuk akal untuk mengharapkan bahwa ilmu dapat diterangkan hanya atas dasar beberapa hukum-hukum metodologi yang sederhana.⁴⁶

Selain itu, Feyerabend juga menjelaskan, ide bahwa ilmu dapat dan harus berjalan dengan hukum-hukum universal yang mapan, adalah tidak realistis dan juga merusak. Ia tidak realistis karena ia terlalu menyederhanakan bakat manusia dan keadaan lingkungan yang mendorong atau menyebabkan perkembangan. Dan ia merusak karena usaha untuk memberlakukan hukum-hukum itu cenderung meningkatkan kualifikasi profesional kita dengan mengorbankan kemanusiaan. Selain itu, ide itupun merugikan ilmu karena ia mengabaikan kondisi fisik dan historis yang kompleks yang mempengaruhi perubahan ilmiah, ia membikin ilmu makin kurang dapat dikelola dan makin dogmatik.⁴⁷

Judith Bell menambahkan, bahwa bentuk, tradisi dan pendekatan yang berbeda menggunakan metode yang berbeda pula dalam pengumpulan data. Namun, tidak ada pendekatan yang menentukan atau otomatis menolak metode tertentu. Para peneliti kuantitatif⁴⁸ mengumpulkan fakta dan menyelidiki

⁴⁵ H. R. Otje Salman dan Anton F. Susanto, *Teori Hukum*, Refika Aditama, Bandung, 2005, hal. 40-41

⁴⁶ Bandingkan dengan Soerjono Soekanto, Op. Cit., hal.47

⁴⁷ H. R. Otje Salman dan Anton F. Susanto, Op. Cit.

⁴⁸ *Quantitative Research Methods*—Metode Penelitian Kuantitatif—“were originally developed in the natural sciences study natural phenomena. Examples of quantitative methods now well accepted in the social science include survey methods, laboratory experiments, formal methods (for example, econometrics) and numerical methods such as mathematical modeling.”

hubungan satu perangkat fakta dengan fakta lain. Mereka menggunakan teknik yang menghasilkan kesimpulan yang dapat digeneralisasi. Sedangkan peneliti yang menggunakan perspektif kualitatif⁴⁹ lebih memusatkan diri untuk memahami persepsi individu tentang dunia. Mereka berupaya mencari wawasan ketimbang persepsi statistik tentang dunia.⁵⁰

Meski demikian—lanjutnya—ada kesempatan ketika para peneliti kualitatif mendasarkan diri pada teknik kuantitatif, dan sebaliknya. pengklasifikasian pendekatan menjadi kuantitatif atau kualitatif, etnografis, survei, penelitian tindakan (*action research*) atau apapun, tidak berarti bahwa sekali sebuah pendekatan dipilih, peneliti tidak boleh bergerak dari metode yang berkaitan dengan bentuk pendekatan tersebut. Hal ini disebabkan karena setiap pendekatan memiliki kelebihan dan kelemahan, dan masing-masing cocok dengan konteks tertentu pula. Pendekatan yang digunakan dan metode pengumpulan data yang dipilih tergantung dengan sifat telaahan dan tipe informasi yang dibutuhkan.⁵¹

Tidak jauh berbeda dengan pendapat-pendapat tersebut, Hikmahanto Juwana—dalam kaitannya dengan Penelitian Hukum di Indonesia—menyatakan :

“Dalam literatur-literatur yang dijadikan sebagai referensi untuk melakukan Legal Research umumnya pada universitas-universitas di

Demikian ditulis oleh Michael D. Myers dan David Avison, dalam *Qualitative Research In Information System*, (London-Thousand Oaks, CA-New Delhi: Sage Publications, 2002), p.4. Selanjutnya siding pembaca dapat membandingkannya dengan pengertian yang diberikan Farouk Muhammad dan H. Djaali, *Metodologi Penelitian Sosial*, Edisi Revisi, (Jakarta: PTIK Press & Restu Agung, 2005), hal.91

⁴⁹ *Qualitative Research Methods—Metode Penelitian Kualitatif—“were developed in the social science to enable researchers to study social and cultural phenomena. They are designed to help us understand people and the social and cultural contexts within which they live. Examples of qualitative methods are action research, case study research, and ethnography. Qualitative data sources include observation and participant observation (fieldwork), interviews and questionnaires, document and text, and the researcher’s impressions and reactions.”* Michael D. Myers dan David Avison (Ibid). Bandingkan dengan tulisan Farouk Muhammad dan H. Djaali, Op. Cit. hal.89-93 dan lebih detailnya—menurut peneliti—mengenai Penelitian Kualitatif ini, siding pembaca dapat melihatnya dalam Alan Bryman & Robert G. Burgess (Ed.), *Qualitative Research*, (London-Thousand Oaks, CA-New Delhi: Sage Publications Ltd., 1999), p. IX-X

⁵⁰ Judith Bell, *Melakukan Proyek Penelitian Secara Mandiri; Penuntun Bagi Para Peneliti Pemula Dalam Bidang Pendidikan, Kesehatan, dan Ilmu Sosial (Doing Your Research Project; A guide For First-Time researchers in Education, Health and Social Science)*, Edisi Keempat, Alih Bahasa : Jacobus Embu Lato, (Jakarta: PT. Indeks Kelompok Gramedia, 2006), hal.3-4

⁵¹ Ibid, Judith Bell. Bandingkan juga dengan tulisan Alan Bryman, *The Debate About Quantitative And Qualitative Research*, dalam Alan Bryman & Robert G. Burgess (Ed.), Op. Cit. p.35-45

Amerika Serikat dan Eropa—dan tidak tertutup kemungkinan di seluruh negara minus Indonesia—tidak pernah ada yang membahas adanya metode penelitian hukum yang secara tersendiri membahas tentang teori hukum. Bahkan adanya kategorisasi jenis penelitian kuantitatif dan kualitatif dalam penelitian hukum di Indonesia sebenarnya lebih dipengaruhi oleh pemikiran pakar-pakar hukum yang mendasarkan metode penelitian pada metode penelitian ilmu-ilmu sosial”⁵²

Relevan dengan hal ini Patton, sebagaimana dikutip Valerine J. L. Kriekhoff menyatakan bahwa, berbicara mengenai rancangan penelitian, kita akan dihadapkan pada kenyataan bahwa tidak akan pernah ada rancangan penelitian yang sempurna. Suatu rancangan penelitian selalu merupakan *trade-offs*, yang disebabkan oleh keterbatasan sumber daya, waktu dan kemampuan orang untuk menangkap semua sifat dari gejala-gejala sosial yang kompleks.⁵³

Hal ini sepertinya sebagai konsekuensi dari adanya 'sunnatullah' bahwa memang setiap orang atau sekelompok orang memiliki *point of view* yang berbeda terhadap suatu fenomena/realitas/fakta⁵⁴ yang ada. Sehingga menggeneralisir suatu metode pada setiap waktu, orang dan keadaan adalah sesuatu yang dianggap 'kurang bijak'. Namun tentunya, penelitian ini bukan tempat untuk membahas hal ini, ada ruang tersendiri untuk membahasnya secara komprehensif.

Terlepas dari perdebatan itu, peneliti menggunakan Metode Penelitian Hukum yang sudah lumrah digunakan di dalam penelitian hukum di Indonesia untuk menghindari perdebatan mengenai berbagai bentuk metode penelitian yang ada, yang memang sudah seharusnya dikaji dalam ruang tersendiri.

⁵² Perkuliahan Teori Hukum Ekonomi, Hikmahanto Juwana, Selasa, 26 Februari 2008

⁵³ Valerine J.L. Kriekhoff, *Metode Penelitian Hukum*. (Depok: Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal.1

⁵⁴ "Fakta adalah sesuatu yang benar-benar terdapat dan eksistensinya jelas terlihat atau dirasakan. Fakta adalah kenyataan yang obyektif diterima oleh setiap orang. Fakta tidak mengandung interpretasi; disini kita harus membedakan dengan jelas mana fakta dan mana interpretasi." Demikian di dalam tulisan Muhammadi, *Hipotesis, Pelatihan Metode Penelitian dan Analisis Kebijakan Bagi Pegawai di Lingkungan Pemerintah DKI Jakarta* (Tanggal 18 Desember 1991 s.d. 25 Januari 1992), PAPIPTEK-LIPI dan Pemda DKI, DIKLAT, 1991/1992. (hal.55). Tulisan ini terdapat dalam kumpulan artikel yang disusun oleh Tim Pengajar Metode Penelitian Hukum (Prof. Vallerine, dkk.), *Metode Penelitian Hukum Buku B*, Depok: FHUI, 2000

1.6. Batasan Penelitian

Selanjutnya demi kepentingan penyamaan persepsi terkait definisi beberapa istilah, peneliti berpendapat perlu memberikan definisi operasional/ batasan penelitian, beberapa istilah penting yang nantinya akan sangat membantu dalam pembahasan, diantaranya :

a. Investasi ; Penanaman Modal ; *Investment* :

Black's Law Dictionary mendefinisikan *Investment* sebagai *an expenditure to acquire property or assets to produce revenue; a capital outlay; The asset acquired of the sum invested; Investiture; Livery Of Seisin.*⁵⁵ Kamus Istilah Keuangan dan Investasi mendefinisikan *Investasi (Investment)* sebagai :

*“penggunaan modal untuk menciptakan uang, baik melalui sarana yang menghasilkan pendapatan maupun melalui ventura yang lebih berorientasi ke resiko yang dirancang untuk mendapatkan modal. Investasi dapat pula berarti menunjuk ke suatu investasi keuangan (dimana investor menempatkan uang ke dalam suatu sarana) atau menunjuk ke investasi suatu usaha atau waktu seseorang yang ingin memetik keuntungan dari keberhasilan pekerjaannya.”*⁵⁶

Dalam Ensiklopedia Ekonomi Keuangan Perdagangan, *Investment* atau investasi diartikan sebagai penggunaan atau pemakaian sumber-sumber ekonomi untuk produksi barang-barang produsen atau barang-barang konsumen. Dalam arti yang semata-mata bercorak keuangan, *investment* mungkin berarti penempatan dana-dana kapital dalam suatu perusahaan selama jangka waktu yang relatif panjang, supaya memperoleh suatu hasil yang teratur dengan maksimum keamanan”⁵⁷

Sedangkan menurut Kamus Ekonomi definisi investasi memiliki 2 (dua) makna, yaitu : “*Pertama*, diartikan sebagai pembelian saham, obligasi dan benda-benda tidak bergerak, setelah dilakukan analisa akan menjamin modal yang dilekatkan dan memberikan hasil yang memuaskan, dimana faktor-faktor itulah

⁵⁵ Bryan A. Garner. Ed., Black's Law Dictionary 8th Edition, St.Paul, (MN-USA: Thomson-West Group,2004), p.846

⁵⁶ Op. Cit. Sentosa Sembiring, hal. 55-56, dikutip dari John Downes dan Jordan Elliot Goodman, *Kamus Istilah Keuangan & Investasi*. Alih bahasan oleh Susanto Budhidarmo, Jakarta: Elex Media Komputendo, 1994, hal.300

⁵⁷ Ibid, Sentosa Sembiring, hal. 57, dikutip dari A. Abdurrachman, *Ensiklopedia Keuangan Perdagangan*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1991. Cet. Ke-6 hal.340.

yang membedakannya dengan spekulasi. *Kedua*, dalam teori ekonomi, investasi berarti pembelian alat produksi (termasuk di dalamnya benda-benda untuk dijual dengan modal berupa uang).⁵⁸

Senada dengan itu, Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) mendefinisikan investasi dalam dua pengertian, yaitu : *Pertama*, penanaman uang atau modal di suatu perusahaan atau proyek untuk tujuan memperoleh keuntungan; dan *Kedua*, jumlah uang atau modal yang ditanam.⁵⁹

Di dalam UU Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal sendiri, padanan kata investasi ini dikenal dengan istilah Penanaman Modal. UU Penanaman Modal [yang baru] ini mendefinisikannya : “*Penanaman modal adalah segala bentuk kegiatan menanam modal, baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia.*”⁶⁰

b. *Judicial Review*

Eric Barendt memberikan definisi sebagai berikut :

*“Judicial review is a feature of most modern liberal constitution. It refers to the power of courts to control the compatibility of legislation and executive acts with the terms of the constitution. Often this function is given to a special constitutional courts; the ordinary courts must refer constitutional questions to it. If they arise during the course of litigation.”*⁶¹

Encyclopedia Britannica menyebutkan : “*Judicial review is the power of courts of a country to determine if acts of legislature and executive are constitutional.* Sedangkan menurut Eyclopedia Americana : “*Judicial review, power exerted by the courts of a country to examine the actions of the legislative,*

⁵⁸ Ibid, Sentosa Sembiring, dikutip dari Winardi, *Kamus Ekonomi (Inggris-Indonesia)* Bandung: Alumni, 1982. Cet.8., hal.190

⁵⁹ Ibid, Sentosa Sembiring, hal. 57, dikutip dari Departemen Pendidikan dan Kebudayaan RI, *Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI)*. Jakarta: Balai Pustaka,1995. Edisi Keempat, hal. 386.

⁶⁰ Pasal 1 angka 1 UU Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal

⁶¹ Op. Cit. Satya Arinanto, Poitik Hukum I, hal.123

*executive, and administrative arms of the government and to ensure that such actions conform to the provisions of constitution.”*⁶²

c. *Foreign Direct Investment (FDI)*

John D. Daniels dan Lee H. Radebaugh⁶³ menyatakan :

A direct investment is one that gives the investor a controlling interest in a foreign company. Such a direct investment also is called a foreign direct investment (FDI), a term frequently used in this text....when two or more companies share ownership of an FDI, the operation is called a joint venture. When a government joins a company in an FDI, the operation is called mixed venture, which is a type of joint venture.

Dalam kepustakaan hukum ekonomi atau hukum bisnis, terminologi penanaman modal dapat berarti penanaman modal yang dilakukan secara langsung oleh investor lokal atau investor asing (*Foreign Direct Investment, FDI*) dan penanaman modal yang dilakukan secara tidak langsung (*Foreign Indirect Investment, FII*).⁶⁴

Istilah FDI, di Indonesia mulai dikenal sejak diundangkannya Undang-Undang Nomor 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (UUPMA) dan Undang-Undang Nomor 6 tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri (UUPMDN).⁶⁵ Dalam Pasal 1 UUPMA disebutkan bahwa pengertian penanaman modal asing hanyalah meliputi penanaman modal asing secara langsung yang dilakukan menurut atau berdasarkan ketentuan-ketentuan Undang-undang ini dan yang digunakan untuk menjalankan perusahaan di Indonesia, dalam arti bahwa pemilik modal secara langsung menanggung risiko dari penanaman modal tersebut.⁶⁶

⁶² Lihat Tubagus Haryo Karbyanto, *Judicial Review : Antara Trend Dan Keampuhan Bagi Strategi Advokasi*, (Makalah Seri Bahan Bacaan Kursus HAM untuk Pengacara X Tahun 2005, Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat), 2005

⁶³ Op. Cit. John D. Daniels dan Lee H. Radebaugh

⁶⁴ FII (Foreign Indirect Investment) atau disebut juga investasi portofolio ini, menurut John D. Daniels dan Lee H. Radebaugh adalah : “*an investment that gives the investor a noncontrolling interest in company or ownership of a loan to another party. Usually a portofolio investment takes one of two forms: stock in company or loans to a company or country in the form of bonds, bills, or notes that the investor purchases.*” Dan sebagai pembanding sidang pembaca dapat juga melihat Sentosa Sembiring, Op. Cit. hal.55

⁶⁵ Ibid, Sentosa Sembiring, hal. 69

⁶⁶ Pasal 1 UU Nomor 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing.

Selanjutnya, di dalam Pasal 2 UUPMDN disebutkan bahwa dalam undang-undang ini yang dimaksud dengan “penanaman modal dalam negeri” adalah penggunaan daripada kekayaan seperti tersebut dalam Pasal 1, baik secara langsung atau tidak langsung, untuk menjalankan usaha menurut atau berdasarkan ketentuan-ketentuan UUPMDN ini”.⁶⁷ Dan dalam Penjelasan Pasal 2 UUPMDN disebutkan bahwa penanaman modal dalam negeri ialah penggunaan modal tersebut dalam Pasal 1 bagi usaha-usaha yang mendorong pembangunan ekonomi pada umumnya. Penanaman modal tersebut dapat dilakukan secara langsung, yakni oleh pemiliknya sendiri, atau tidak langsung, yakni melalui pembelian obligasi-obligasi, surat-surat kertas perbendaharaan negara, emisi-emisi lainnya (saham-saham) yang dikeluarkan oleh perusahaan, serta deposito dan tabungan yang berjangka waktu sekurang-kurangnya satu tahun.⁶⁸

Michael J. Trebilcock dan Robert Howse—sebagaimana dikutip Sentosa Sembiring—mengungkapkan, investasi langsung asing biasanya menggunakan satu dari tiga bentuk berikut : *Pertama*, Pemberian dana modal misalnya dalam joint venture atau pendirian pabrik baru; *Kedua*, Investasi baru untuk pendapatan perusahaan; *Ketiga*, Peminjaman jaringan melalui perusahaan induk atau partner—dimana perusahaan tersebut adalah perusahaan asing.⁶⁹

d. Investor

Black’ Law Dictionary mendefinisikannya sebagai : 1). *A buyer of a security or other property who seeks to profit from it without exhausting the principal*, 2). *Broadly, a person who spends money with an expectaion of earning a profit*.⁷⁰ Selanjutnya, Kamus Hukum mendefinisikannya sebagai: “*Pihak penanam uang atau modal; orang atau lainnya yang menanamkan uangnya dalam usaha dengan tujuan mendapatkan keuntungan dari modal yang telah ditanam tersebut*”.⁷¹

⁶⁷ Pasal 2 UU Nomor 6 tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri

⁶⁸ Penjelasan Pasal 2 UU Nomor 6 tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri

⁶⁹ Op. Cit. Sentosa Sembiring, hal. 65-66.

⁷⁰ Op. Cit. Bryan A. Garner, p.846

⁷¹ Sudarsono. *Kamus Hukum*, Cetakan Kelima. (Jakarta: Rineka Cipta, 2007), hal.189.

Di dalam UU Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal dijelaskan bahwa, “*Penanam modal adalah perseorangan atau badan usaha yang melakukan penanaman modal yang dapat berupa penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing.*”⁷² Selanjutnya, disebutkan juga bahwa, “*Penanam modal dalam negeri adalah perseorangan warga negara Indonesia, badan usaha Indonesia, negara Republik Indonesia, atau daerah yang melakukan penanaman modal di wilayah negara Republik Indonesia.*”⁷³ Sedangkan ‘Penanam modal asing’ didefinisikan sebagai : “*perseorangan warga negara asing, badan usaha asing, dan/atau pemerintah asing yang melakukan penanaman modal di wilayah negara Republik Indonesia.*”⁷⁴

e. *Legal Reasoning*

Stanford Encyclopedia Of Philosophy—mengutip pendapat Hart dan Dworkin—mengemukakan, bahwa ‘Legal Reasoning’ adalah : “(a). *reasoning to establish the content of the law as it presently exists; and (b). reasoning from that content to the decision which a court should reach in a case which comes before it...This is because the answer to the question, “how should a court decide a case, reasoning from the existing law applicable to it?” (i.e. legal reasoning in the sense given in (b) above) and the answer to the question, “how should a court decide a case, all things considered?.*”⁷⁵

Relevan dengan itu, K. Krasnow Waterman dari Massachusetts Institute Of Technology—MIT,⁷⁶ mengatakan :

All legal reasoning follows one path. No legal argument can be accepted or rejected without all of the following pieces :1). Issue - What specifically is being debated? 2). Rule - What legal rule governs this issue? 3). Facts - What are the facts relevant to this Rule? 4). Analysis - Apply the rule to the

⁷² Pasal 1 angka 4 UU Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal

⁷³ Pasal 1 angka 5 UU Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal

⁷⁴ Pasal 1 angka 6 UU Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal

⁷⁵ <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>

⁷⁶ Salah satu institut teknik di dunia yang memiliki kurang lebih 70 laboratorium hukum yang terkait dengan pengembangan teknologi (sumber: Ary Pedju (Sumber: Ary Muchtar Pedju, makalah yang disampaikan pada Kongres Akademi Ilmu Pengetahuan Indonesia (AIPI), Rabu, 18 Juli 2007 di Jakarta)

*facts. 5). Conclusion - Having applied the rule to the facts, what's the outcome?*⁷⁷

Jadi dalam hal ini, dapat kita sepakati bersama bahwa *Legal Reasoning* atau alasan hukum—ada juga yang menyebutnya, penalaran hukum;⁷⁸ argumentasi hukum⁷⁹—mengandung 3 (tiga) pengertian pokok, yaitu : *Pertama*, alasan pembuatan isi dari undang-undang yang mengatur tentang suatu masalah; *Kedua*, Pemikiran dari isi yang ada di undang-undang yang merupakan dasar bagi keputusan pengadilan dalam memutuskan perkara-perkara yang diajukan kepadanya; dan *Ketiga*, Pemikiran dari pengadilan yang mendasari keluarnya suatu putusan dari lembaga peradilan itu, termasuk semua pertimbangan yang mendasari putusan itu.⁸⁰

d. Public Policy

Black' Law Dictionary mendefinisikannya sebagai berikut :

*“1). Boardly, principles and standards regarded by the legislature or by the courts as being of fundamental concern to the state and whole of society; courts sometimes use the term to justify their decisions, as when declaring a contract void because it is ‘contrary to public policy’.—also termed policy of the law. 2). More narrowly, the principle that a person should not be allowed to do anything that would tend to injure the public at large.”*⁸¹

Dalam perkembangannya, *Public Policy* saat ini diartikan sebagai kebijakan yang dibuat oleh Pejabat Publik dalam rangka menjalankan tugas, fungsi, dan wewenang yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan kepadanya. Pejabat publik yang dimaksud, baik yang berasal dari lembaga eksekutif, legislatif maupun yudikatif.

e. Pemerintah

⁷⁷ <http://groups.csail.mit.edu/dig/TAMI/inprogress/LegalReasoning.html>

⁷⁸ <http://ilmuhukum76.wordpress.com/2008/06/02/legal-reasoning/>

⁷⁹ Sudiro Husudo & Associates, dalam <http://dirolawyer.blogspot.com/2008/06/legal-reasoning-legal-reasoning.html>

⁸⁰ Ibid, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>

⁸¹ Ibid, Bryan A. Garner, p.1245

Kamus Hukum mendefinisikannya sebagai : Pertama, Sistem menjalankan wewenang dan kekuasaan mengatur kehidupan sosial, ekonomi, dan politik suatu negara atau bagian-bagiannya; Kedua, Sekelompok orang yang secara bersama-sama memikul tanggung jawab terbatas untuk menggunakan kekuasaan⁸²; Ketiga, Penguasaan suatu negara (bagian negara); Keempat, Badan tertinggi yang memerintah suatu negara (seperti kabinet merupakan sesuatu Pemerintah); Kelima, Negara atau negeri (sebagai lawan partikelir/ swasta).⁸³



⁸² Montesquieu mengidealkan 3 (tiga) fungsi kekuasaan negara, yaitu : Pertama, *Legislatif*, memegang kekuasaan dalam hal pembentukan undang-undang. Kedua, *Eksekutif*, memegang kekuasaan dalam hal melaksanakan undang-undang. Dan Ketiga, *Yudikatif*, memegang kekuasaan dalam hal mengawasi pelaksanaan undang-undang.

⁸³ Op. Cit. Sudarsono, hal.345

BAB 2. KERANGKA TEORI

Kerangka teori—sebagian sarjana menyebutnya ulasan teori—adalah bagian yang terdiri dari : 1). Penjelasan mengenai konsep-konsep yang kita gunakan dalam penelitian, 2). Cara-cara untuk mengorganisasi dan menginterpretasi hasil-hasil, dan 3). Di samping tentunya menemukan interkoneksi antar teori-teori itu satu sama lain, juga untuk menemukan relevansinya dengan rumusan permasalahan. Dalam bagian ini, peneliti diberi kebebasan untuk melakukan dukungan atau penolakan terhadap teori-teori itu. Dan pada penelitian kali ini, peneliti memilih beberapa konsep yang menurut peneliti akan sangat membantu dalam pembahasan nanti, dan tentunya peneliti sepenuhnya sependapat dan mendukung konsep-konsep ini.⁸⁴

Beberapa konsep yang akan sangat membantu dalam pembahasan itu diantaranya : *pertama*, Konsepsi Hukum Penguasaan Atas Tanah; *kedua*, teori tentang Mahkamah Konstitusi dan Judicial Review; dan *ketiga*, ‘The Five Qualities’ dari Leonard J. Theberge;

2.1. Konsepsi Hukum Penguasaan Atas Tanah

Perlunya membahas mengenai teori-teori yang berhubungan dengan penguasaan atas tanah adalah sesuatu yang sangat *urgent*—sebagai urat nadi—pembahasan dalam tesis ini. Hal ini disebabkan, karena ketentuan di dalam UUPM yang oleh MK dinyatakan inkonstitusional terkait erat dengan penguasaan atas tanah dalam kegiatan investasi, yaitu Pasal 22 ayat (1) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal, juga Pasal 22 ayat (2) sepanjang menyangkut kata-kata “*di muka sekaligus*” dan Pasal 22 ayat (4) sepanjang menyangkut kata-kata “*sekaligus di muka*” juga dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945.

⁸⁴ Valerine J.L. Kriekhoff, *Metode Penelitian Hukum*. (Depok: Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal.5

Selanjutnya, terkait dengan konsepsi penguasaan atas tanah ini, terdapat beberapa hal yang perlu mendapat perhatian, diantaranya : *Pertama*, Konsepsi mengenai ‘tanah’, ‘bangunan’ dan ‘tanaman’ yang ada di atas tanah serta hak-hak yang ada di atasnya; *Kedua*, Konsepsi mengenai *Domein Verklaring*; dan *Ketiga*, Konsepsi penguasaan tanah oleh negara.

2.1.1. Konsepsi mengenai ‘tanah’, ‘bangunan’ dan ‘tanaman’ yang ada di atas tanah serta hak-hak yang ada di atasnya

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI: 1994), terminologi ‘tanah’ meliputi : 1). Permukaan bumi atau lapisan bumi yang di atas sekali; 2). Keadaan bumi di suatu tempat; 3). Permukaan bumi yang diberi batas; 4). Bahan-bahan dari bumi, bumi sebagai bahan sesuatu (pasir, cadas, napal dan sebagainya).⁸⁵

Selanjutnya, di dalam terminologi Hukum Tanah (merujuk pada Undang-Undang Nomor 5 tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria—UUPA), istilah ‘tanah’, sebagaimana diatur dalam Pasal 4 ayat (1)UUPA dinyatakan sebagai berikut : “*Atas dasar hak menguasai dari Negara sebagai yang dimaksud dalam pasal 2 ditentukan adanya macam-macam hak atas permukaan bumi, yang disebut tanah, yang dapat diberikan kepada dan dipunyai oleh orang-orang baik sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain serta badan-badan hukum.*” Dengan demikian jelaslah, bahwa tanah dalam pengertian yuridis adalah *permukaan bumi*, sedangkan hak atas tanah adalah hak atas sebagian tertentu permukaan bumi, yang berbatas berdimensi dua dengan ukuran panjang dan lebar.⁸⁶

Adapun tanah tersebut, diberikan kepada dan dipunyai oleh orang dengan hak-hak yang disediakan oleh undang-undang—dalam hal ini UUPA—yang mana dengan adanya hak-hak tersebut pemilik hak dapat menggunakan dan memanfaatkan tanah dalam batas-batas kepemilikannya. Dalam rangka penggunaan dan pemanfaatan tanah ini, tentu saja tidak bisa

⁸⁵ Sebagaimana dikutip dalam Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Jilid I, Cetakan Kesebelas (Edisi Revisi 2007), (Jakarta: Djambatan, 2007), hal.19

⁸⁶ Ibid.

tidak akan memerlukan penggunaan sebagian tubuh bumi yang ada di bawah tanah tersebut, termasuk air dan ruang di atas tanah tersebut. Oleh karena itu, hak-hak atas tanah bukan hanya memberikan wewenang untuk mempergunakan sebagian tertentu permukaan bumi yang bersangkutan, yang disebut 'tanah' saja, tetapi juga tubuh bumi yang ada di bawahnya dan air serta ruang yang ada di atasnya.⁸⁷

Dengan demikian, maka yang dipunyai hak atas tanah itu adalah tanahnya, dalam arti sebagian tertentu dari permukaan bumi. Tetapi wewenang menggunakan yang bersumber pada hak tersebut diperluas hingga meliputi juga penggunaan sebagian tubuh bumi yang ada di bawah tanah dan air serta ruang yang ada di atasnya. Namun hal ini tidak berarti bahwa tubuh bumi yang ada di bawah tanah dan air serta ruang yang ada di atasnya dengan sendirinya menjadi milik dari pemegang hak atas tanah tersebut. Melainkan, hanya diperbolehkan menggunakannya tanpa memiliki.⁸⁸

Selanjutnya, sedalam berapa tubuh bumi itu boleh digunakan dan setinggi berapa ruang yang ada di atasnya boleh digunakan, ditentukan oleh tujuan penggunaannya, dalam batas-batas kewajaran, perhitungan teknis kemampuan tubuh buminya sendiri, kemampuan pemegang haknya serta ketentuan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan.⁸⁹

Di samping itu, menurut UUPA, hak atas tanah juga tidak meliputi pemilikan kekayaan alam yang terkandung di dalam tubuh bumi di bawahnya.⁹⁰ Hal ini mengandung pengertian bahwa pengambilan kekayaan alam yang berupa bahan-bahan galian sebagaimana yang disebutkan secara eksplisit dalam Penjelasan Pasal 8 UUPA, memerlukan adanya hak tersendiri

⁸⁷ Ibid,

⁸⁸ Ibid. Lihat juga, Pasal 4 ayat (2) UUPA.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Pasal 8 UUPA menyatakan : *“Atas dasar hak menguasai dari Negara sebagai yang dimaksud dalam pasal 2 diatur pengambilan kekayaan alam yang terkandung dalam bumi, air dan ruang angkasa.”* Selanjutnya di dalam Penjelasan pasal ini dinyatakan : *“Karena menurut ketentuan dalam pasal 4 ayat 2 hak-hak atas tanah itu hanya memberi hak atas permukaan bumi saja, maka wewenang-wewenang yang bersumber daripadanya tidaklah mengenai kekayaan-kekayaan alam yang terkandung di dalam tubuh bumi, air dan ruang angkasa. Oleh karena itu maka pengambilan kekayaan yang dimaksudkan itu memerlukan pengaturan tersendiri. Ketentuan ini merupakan pangkal bagi perundang-undangan pertambangan dan lain-lainnya.”*

yaitu Kuasa Pertambangan yang diatur dalam peraturan perundangan yang terkait dengan kegiatan eksplorasi bahan-bahan tambang.

Dengan lain perkataan bahwa, apabila pengambilan tanah yang berupa tubuh bumi dan air untuk keperluan yang langsung berhubungan dengan penggunaan tanah yang haknya dipegang, maka diperbolehkan. Tetapi kalau tanah dan air itu diambil atau diolah untuk kegiatan komersial, diperlukan hak atau izin khusus menurut undang-undang di bidang Pertambangan atau undang-undang di bidang Pengairan. Termasuk juga pengambilan dan penggunaan kekayaan alam yang terkandung di dalam ruang di atas tanah yang dipegang haknya (ruang angkasa), maka memerlukan hak khusus yang disebut Hak Guna Ruang Angkasa (Pasal 48 UUPA).⁹¹

Terkait dengan ‘bangunan’ dan ‘tanaman’ yang ada di atas tanah, dalam Hukum Tanah negara-negara yang menggunakan apa yang disebut *Asas Accesie* atau *Asas Perlekatan*, bangunan dan tanaman yang ada di atas dan merupakan satu kesatuan dengan tanah merupakan ‘bagian’ dari tanah yang bersangkutan. Maka hak atas tanah dengan sendirinya, karena hukum, meliputi juga pemilikan bangunan dan tanaman yang ada di atas tanah yang dipegang haknya, kecuali kalau ada kesepakatan lain dengan pihak yang membangun atau menanamnya.⁹² Dengan begitu, perbuatan hukum mengenai tanah dengan sendirinya meliputi tanaman dan bangunan, karena hukum meliputi juga tanaman dan bangunan yang ada di atasnya.⁹³

Tetapi meskipun pada umumnya, bangunan dan tanaman yang ada di atas tanah adalah milik yang empunya tanah. Tetapi Hukum Tanah di Indonesia menggunakan asas Hukum Adat yang disebut *asas pemisahan horizontal* (*horizontal scheidings*; Bahasa Belanda). Artinya, bahwa bangunan dan tanaman bukan merupakan bagian dari tanah. Maka hak atas tanah tidak

⁹¹ Ibid.

⁹² Lihat Pasal 500 dan Pasal 571 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgelijk Wetboek—BW).

⁹³ Ibid, Boedi Harsono

dengan sendirinya meliputi pemilikan bangunan dan tanaman yang ada di atasnya. (anti tesisnya *asas accesie*).⁹⁴

Dengan begitu, perbuatan hukum mengenai tanah tidak dengan sendirinya meliputi bangunan dan tanaman milik yang empunya tanah yang ada di atasnya. Jika perbuatan hukumnya dimaksudkan meliputi juga bangunan dan tanamannya, maka hal itu secara tegas harus dinyatakan dalam akta yang membuktikan dilakukannya perbuatan hukum yang bersangkutan. Perbuatan hukum bisa meliputi tanahnya saja, yang kemudian dibongkar (*adol bedol*) atau tetap berada di atas tanah yang bersangkutan (*adol ngebregi*). Perbuatan hukumnya pun bisa juga meliputi tanah berikut bangunan dan/atau tanaman keras yang ada di atasnya, dalam hal mana apa yang dimaksudnya itu wajib secara tegas dinyatakan.⁹⁵

Berbeda dengan asas pemisahan horizontal ini, di negara-negara barat, dikenal apa yang dinamakan asas hukum: *Cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos*, yang artinya adalah bahwa barangsiapa memiliki tanah (permukaan bumi), dia juga memiliki segala apa yang dibawahnya sampai pusat bumi.⁹⁶ Sehubungan dengan itu, Kratovil menyimpulkan bahwa, karena pengertian ‘tanah’ meluas sampai pusat bumi, maka terang bahwa pemilik tanah biasanya memiliki juga mineral-mineral yang merupakan bagian dari tanah.⁹⁷

2.1.2. Konsepsi mengenai *Domein Verklaring*

Asas *Domein Verklaring* yang diatur dalam Pasal 1 *Agrarisch Besluit* (diundangkan dalam *Staatblad* 1870-118), ini adalah asas yang sangat penting bagi perkembangan dan pelaksanaan Hukum Tanah Administratif Hindia Belanda. Asas tersebut dinilai sebagai suatu konsepsi yang ‘kurang

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Peter Butt, *Land Law*, 3rd ed., (Sidney: The Law Book Company Limited, 1996), p.12, sebagaimana dikutip dalam Boedi Harsono, *ibid*.

⁹⁷ Robert Kratovil, *Real Estate Law*, (New Jersey: Prentice-Hall, 1974), p.5-6, sebagaimana dikutip dalam Boedi Harsono, *ibid*.

menghargai’—untuk tidak dibilang ‘memperkosakan’ hak-hak rakyat atas tanah yang bersumber pada Hukum Adat.⁹⁸

Selanjutnya, dinyatakan dalam Pasal 1 itu :

“Behoudens opvolging van de tweede en derde bepaling der voormelde wet, blijft het beginsel gehandhaafd, dat alle grond, waarop niet door anderen regt van eigendom wordt bewezen domein van de Staat is.”

(Dengan tidak mengurangi berlakunya ketentuan dalam Pasal 2 dan 3 Agrarische Wet, tetap dipertahankan asas, bahwa semua tanah yang pihak lain tidak dapat membuktikan sebagai hak eigendommenya, adalah domein (milik) negara).⁹⁹

Di samping itu, juga terdapat rumusan pernyataan Domein Khusus yang menyatakan bahwa :

“Alle woeste gronden in de Gouvernementslanden op...berhooren, voorzoover daarop door leden der inheemsche bevolking geene aan het ontginningsrecht ontleende rechten worden uitgeoefend, tot het Staatsdomein. Over dit tot het Staatsdomein behorende gronden, berust behoudens het ontginningsrecht der bevolking, beschikking uitsluitend bij het Government.”

(semua tanah kosong dalam daerah pmeerintahan langsung di...adalah domein Negara kecuali yang diusahakan oleh para penduduk asli dengan hak-hak yang bersumber pada hak membuka hutan. Mengenai tanah-tanah Negara tersebut kewenangan untuk memutuskan pemberiannya kepada pihak lain hanya pada Pemerintah, tanpa mengurangi hak yang sudah dipunyai oleh penduduk untuk membukanya).¹⁰⁰

Maksud pernyataannya adalah, untuk menegaskan agar tidak ada keraguan, bahwa satu-satunya Penguasa yang berwenang memberikan tanah-tanah yang dimaksudkan itu kepada pihak lain adalah Pemerintah.¹⁰¹

Fungsi *Domein Verklaring*, dalam praktek pelaksanaan perundang-undangan pertanahan adalah : *Pertama*, sebagai landasan hukum bagi Pemerintah sebagai representasi Negara selaku pemilik tanah, untuk memberikan tanah dengan hak-hak barat yang diatur dalam KUH Perdata (BW), seperti Hak *Erfpacht*, Hak *Opstal* dan lain-lainnya. Dalam rangka

⁹⁸ Ibid, Boedi Harsono, hal. 41

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

Domein Verklaring, pemberian tanah dengan hak *eigendom* dilakukan dengan cara pemindahan Hak Milik Negara kepada Penerima Tanah.¹⁰²

Kedua, di bidang pembuktian pemilikan. Yaitu sebagai penegasan, bahwa sepanjang suatu tanah tidak dibebankan suatu hak pun di atasnya, maka tanah tersebut secara dengan sendirinya adalah merupakan Milik Negara. Dengan kata lain, konsep *domein verklaring* ini, sama sekali tidak mengakui adanya tanah masyarakat adat yang diperoleh masyarakat adat secara natural. Dan inilah karakteristik yang membedakannya dengan konsep penguasaan atas tanah oleh negara yang dianut di dalam Hukum Tanah Nasional.¹⁰³

Sebagaimana dalam Penjelasan Umum bagian II butir 2 UUPA yang menyatakan bahwa “Azas Domein” yang dipergunakan sebagai dasar daripada perundang-undangan agraria yang berasal dari Pemerintah jajahan tidak dikenal dalam hukum agraria yang baru. Azas domein adalah bertentangan dengan kesadaran hukum rakyat Indonesia dan azas daripada Negara yang merdeka dan modern. Berhubung dengan ini azas tersebut, yang dipertegas dalam berbagai “pernyataan domein”, yaitu misalnya dalam pasal 1 Agrarisch Besluit (S. 1870-118), S. 1875-119a, S. 1874-94f, S. 1877-55 dan S. 1888-58 ditinggalkan dan pernyataan-pernyataan domein itu dicabut kembali.

Undang-Undang Pokok Agraria berpangkal pada pendirian, bahwa untuk mencapai apa yang ditentukan dalam pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar tidak perlu dan tidaklah pula pada tempatnya, bahwa bangsa Indonesia ataupun Negara bertindak sebagai pemilik tanah. Adalah lebih tepat jika Negara, sebagai organisasi kekuasaan dari seluruh rakyat (bangsa) bertindak selaku Badan Penguasa. Dari sudut inilah harus dilihat arti ketentuan dalam pasal 2 ayat (1) yang menyatakan, bahwa “Bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, pada tingkatan yang tertinggi dikuasai oleh Negara”. Sesuai dengan pangkal

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

pendirian tersebut di atas perkataan “dikuasai” dalam pasal ini bukanlah berarti “dimiliki”, akan tetapi adalah pengertian, yang memberi wewenang kepada Negara, sebagai organisasi kekuasaan dari Bangsa Indonesia itu, untuk pada tingkatan yang tertinggi : a). mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaannya; b). menentukan dan mengatur hak-hak yang dapat dipunyai atas (bagian dari) bumi, air dan ruang angkasa itu; c). menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.

Segala sesuatunya dengan tujuan untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat dalam rangka masyarakat yang adil dan makmur (pasal 2 ayat 2 dan 3). Adapun kekuasaan Negara yang dimaksudkan itu mengenai semua bumi, air dan ruang angkasa, jadi baik yang sudah dihaki oleh seseorang maupun yang tidak. Kekuasaan Negara mengenai tanah yang sudah dipunyai orang dengan sesuatu hak dibatasi oleh isi dari hak itu, artinya sampai seberapa Negara memberi kekuasaan kepada yang mempunyainya untuk menggunakan haknya, sampai disitulah batas kekuasaan Negara tersebut. Adapun isi hak-hak itu serta pembatasan-pembatasannya dinyatakan dalam pasal 4 dan pasal-pasal berikutnya serta pasal-pasal dalam Bab II.

Kekuasaan Negara atas tanah yang tidak dipunyai dengan sesuatu hak oleh seseorang atau pihak lainnya adalah lebih luas dan penuh. Dengan berpedoman pada tujuan yang disebutkan di atas Negara dapat memberikan tanah yang demikian itu kepada seseorang atau badan hukum dengan sesuatu hak menurut peruntukan dan keperluannya, misalnya hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan atau hak pakai atau memberikannya dalam pengelolaan kepada sesuatu Badan Penguasa (Departemen, Jawatan atau Daerah Swatantra) untuk dipergunakan bagi pelaksanaan tugasnya masing-masing (Pasal 2 ayat 4). Dalam pada itu kekuasaan Negara atas tanah-tanah inipun sedikit atau banyak dibatasi pula oleh hak ulayat dari kesatuan-kesatuan masyarakat hukum, sepanjang menurut kenyataannya hak ulayat itu masih ada.

Asas Domein sebagai dasar hukum untuk memungkinkan Negara memberikan hak atas tanah kepada pihak lain selaku pemilik tanah, memang bukan konsepsinya negara modern, melainkan *konsepsi feudal* dari Zaman Abad Pertengahan (*Middle Ages*), seperti yang melandasi Hukum Tanah di Inggris dan bekas Negara jajahan-jajahannya.¹⁰⁴

Dalam konsepsi ini, semua tanah adalah milik Raja (Lord) dan siapa pun hanya menguasai dan menggunakan tanah milik 'Lord-nya' sebagai *tenant*. Doktrin ini dikenal dengan *Doktrin Tenure*. Pada perkembangan selanjutnya, fungsi Raja (Lord) diambil alih oleh Negara (dalam hal ini Pemerintah sebagai representasinya. Mengenai doktrin ini, Michael Harwood—sebagaimana juga Hood Philips—mengatakan bahwa substansinya telah tidak ada. Tetapi teorinya masih tetap ada, biarpun keberadaannya seperti 'hantu' (*it is like a ghost*). Seseorang tetap hanya sebagai 'tenant' (pemakai), tidak memilikinya.¹⁰⁵

Di samping itu, terkait dengan *domein verklaring* ini, terdapat juga apa yang dikenal dengan Teori Domein Raffles.¹⁰⁶ Yaitu konsep yang dicetuskan oleh Raffles pada masa ia menjabat selaku 'representasi' Negara Inggris yang saat itu menguasai tanah Jawa, dengan mewajibkan tanah-tanah yang sebelumnya menjadi milik raja-raja, dengan adanya pemindahan kekuasaan dari raja kepada Pemerintah Inggris, menjadi hak milik dan dikuasai sepenuhnya oleh Pemerintah Inggris. Penerapan kewajiban ini dikenal dengan *Landrent Raffles*. Tanah-tanah yang telah dikuasai oleh Negara—Pemerintah Inggris—ini, kemudian disewakan kepada para Kepala Desa (*will be let to the heads of the villages*) yang diberi tugas untuk me-
'relet' kepada para petani yang mengusahakan dengan memungut *landrent*..¹⁰⁷

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ O. Phillips Hood, *A first Book of English Law*, (London: Sweet & Maxwell Limited, 1953), p.3, sebagaimana dikutip dalam Boedi Harsono, Ibid, hal. 47

¹⁰⁶ Thomas Stamford Raffles adalah Lieutenant Governor di Jawa pada masa Pemerintahan Sisipan Inggris, tahun 1811-1816.

¹⁰⁷ Thomas Stamford Raffles, *The History of Java, Appendix L: Proclamation Declaring the Principles of the Intended Change of System*, (Selangor: Parbury and Allen-London, Oxford University Press, 1978), sebagaimana dikutip dalam Boedi Harsono, Ibid.

Selanjutnya, mengenai asa domein ini, van Vollenhoven mengatakan :

”Een slotsom in elk geval is onbestrijdbaar; de domein formules, die de adatrechten op bouwvelden heeten te omlijsten en te stevigen, richten niets dan verwarring aan; de domeinverklaring, die zich inbeeldt orde en vastheid te scepphen, is voor de bouwvelden althans, de moeder geworden van de allerwiebelendste rechtsverwiebeling, welke di Indische wetgeving maar kent”

(setidak-tidaknya ada satu kesimpulan yang tidak dapat dibantah; rumusan-rumusan domein yang katanya mempertegas dan memperkuat hak-hak adat atas tanah-tanah usaha hanya menimbulkan kekacauan belaka; pernyataan domein yang menganggap dirinya akan menciptakan ketertiban dan kepastian, setidaknya sepanjang mengenai tanah-tanah usaha, merupakan induk dari sumber keraguan dan ketidakpastian paling hebat yang dikenal dalam perundang-undangan Hindia Belanda).¹⁰⁸

2.1.3. Konsepsi penguasaan tanah oleh negara

Adapun konsepsi mengenai hak-hak penguasaan atas tanah meliputi pembicaraan mengenai pengertian ‘penguasaan’ dan ‘menguasai’ dapat dipakai dalam arti fisik, juga dalam arti yuridis. Juga menyangkut aspek perdata dan publik.¹⁰⁹

Penguasaan yuridis dilandasi hak, yang dilindungi oleh hukum dan umumnya memberi kewenangan kepada pemegang hak untuk menguasai secara fisik tanah yang dipegang haknya. Tetapi ada juga penguasaan yuridis yang biarpun memberi kewenangan untuk menguasai tanah yang dipegang haknya secara fisik, pada kenyataannya penguasaan fisiknya dilakukan pihak lain. Misalnya kalau tanah yang dimiliki disewakan kepada pihak lain dan penyewa yang menguasainya secara fisik. Atau tanah tersebut dikuasai oleh pihak lain tanpa hak. Dalam hal ini, pemilik tanah berdasarkan hak penguasaan yuridisnya, berhak untuk menuntut diserahkan kembali tanah yang bersangkutan secara fisik kepadanya.¹¹⁰

Di dalam Hukum Tanah Indonesia juga mengenal penguasaan yuridis yang tidak memberi kewenangan untuk menguasai tanah yang

¹⁰⁸ Ibid, Boedi Harsono.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

bersangkutan secara fisik. Misalnya, kreditor pemegang hak jaminan atas tanah mempunyai hak penguasaan yuridis atas tanah yang dijadikan agunan, tetapi penguasaannya secara fisik tetap ada pada yang empunya tanah. Selanjutnya, pengertian ‘penguasaan’ dan ‘menguasai’ di atas dipakai dalam aspek perdata. Sedangkan dalam UUD 1945 dan UUPA, pengertian ‘dikuasai’ dan ‘menguasai’ dipakai dalam aspek publik, seperti yang dirumuskan dalam Pasal 2 UUPA.¹¹¹

Selanjutnya, di dalam UUPA juga diatur dan sekaligus menetapkan jenjang atau hirarkhi hak-hak atas penguasaan atas tanah dalam Hukum Tanah Nasional, yaitu :

1. Hak Bangsa Indonesia, yang diatur dalam Pasal 1, sebagai hak penguasaan atas tanah yang tertinggi, memiliki aspek perdata dan publik.
2. Hak Menguasai dari Negara, yang diatur dalam Pasal 2, hanya memiliki aspek publik.
3. Hak Ulayat Masyarakat Hukum Adat, yang diatur dalam Pasal 3, memiliki aspek perdata dan publik.
4. Hak-hak perorangan/individual, semuanya memiliki aspek perdata, yang terdiri dari :
 - a. Hak-hak atas tanah sebagai hak-hak individual yang semuanya secara langsung atau tidak langsung bersumber pada Hak Bangsa, sebagaimana diatur dalam Pasal 16 dan 53.
 - b. Wakaf, yaitu Hak Milik yang sudah diwakafkan dalam Pasal 49.
 - c. Hak Jaminan atas tanah yang disebut ‘Hak Tanggungan’ dalam Pasal 25, 33, 39 dan 51 (yang saat ini telah diatur dalam undang-undang tersendiri).¹¹²

Satu hal yang penting, bahwa pengaturan hak-hak penguasaan atas tanah dalam Hukum Tanah, ada yang merupakan *Lembaga hukum*. Dan ada

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.

pula sebagai *Hubungan-hubungan hukum kongkret*. Artinya, Hak penguasaan atas tanah merupakan suatu *lembaga hukum*, jika belum dihubungkan dengan tanah dan orang atau badan hukum tertentu sebagai pemegang haknya. Sebagai contoh: Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, Hak Pakai dan Hak Sewa untuk bangunan sebagaimana diatur dalam Pasal 20 sampai dengan Pasal 50 UUPA.¹¹³

Sedangkan pengaturan hak-hak penguasaan tanah dalam Hukum Tanah yang merupakan *hubungan-hubungan hukum kongkret*, adalah senada dengan apa yang dilakukan oleh Ter Haar ketika menguraikan Hukum Adat. Dikatakan Ter Haar dalam bukunya menyatakan bahwa setelah menggariskan ciri-ciri pengenal apa yang disebutnya *het grondenrecht in rust*, tiba gilirannya untuk menguraikan garis-garis besar daripada *het grondenrecht in beweging*, yang mencakup secara skematis penciptaan dan pemindahan hak-hak atas tanah (*in rust*): dalam keadaan berhenti, *in beweging* : dalam keadaan bergerak).¹¹⁴

Selanjutnya, dengan pendekatan pengertian hak penguasaan atas tanah sebagai ‘lembaga hukum’ dan ‘hubungan hukum kongkret’ sebagaimana diuraikan di atas, maka ketentuan-ketentuan hukum yang mengaturnya dapat disusun dan dipelajari dalam suatu sistematika yang khas dan *logic*. Dikatakan khas, karena hanya dijumpai dalam Hukum Tanah dan tidak dijumpai dalam cabang-cabang Hukum yang lain. Dan dikatakan *logic* (masuk akal), karena mudah ditangkap dan diikuti logikanya.¹¹⁵

Di dalam sistematika itu diatur antara lain :

1. Ketentuan-ketentuan Hukum Tanah yang mengatur hak-hak penguasaan atas tanah sebagai *Lembaga Hukum*:
 - a. *Memberi nama* pada hak penguasaan yang bersangkutan;

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ter Haar Bzn B., *Beginselen en Stelsel van het Adatrecht*, (Jakarta/Groningen: J.B. Woters, 1950), p.83

¹¹⁵ Ibid, Boedi Harsono.

- b. *Menetapkan isinya*, yaitu mengatur apa saja yang boleh, wajib dan dilarang untuk diperbuat oleh pemegang haknya serta jangka waktu penguasaannya;
 - c. Mengatur hal-hal mengenai *subyeknya*, siapa yang boleh menjadi pemegang haknya dan syarat-syarat bagi penguasaannya;
 - d. Mengatur hal-hal mengenai *tanahnya*.
2. Ketentuan-ketentuan Hukum Tanah yang mengatur hak-hak penguasaan atas tanah sebagai *Hubungan Hukum Konkret*:
- a. Mengatur hal-hal mengenai *penciptaannya* menjadi suatu hubungan hukum yang kongkret, dengan nama atau sebutan yang dimaksudkan dalam poin 1a di atas;
 - b. Mengatur hal-hal mengenai *pembebanannya* dengan hak-hak lain;
 - c. Mengatur hal-hal mengenai *pemindahannya* kepada pihak lain;
 - d. Mengatur hal-hal mengenai *hapusnya*;
 - e. Mengatur hal-hal mengenai *pembuktiannya*

Dengan adanya sistematika ini, ketentuan-ketentuan Hukum Tanah bukan saja dapat diadakan, disusun dan dipelajari secara teratur, tetapi juga akan dengan mudah diketahui ketentuan-ketentuan apa yang termasuk Hukum Tanah dan apa yang bukan.¹¹⁶

Khususnya mengenai Hak Bangsa Indonesia dan Hak Menguasai dari Negara sebagaimana disebutkan sebelumnya, akan dibahas lebih jauh lagi karena terkait langsung dengan rumusan masalah dalam tesis ini.

Sebagai hak penguasaan atas tanah yang tertinggi, Hak Bangsa Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (1) sampai (3) UUPA¹¹⁷

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Pasal 3 UUPA :

(1) *Seluruh wilayah Indonesia adalah kesatuan tanah-air dari seluruh rakyat Indonesia, yang bersatu sebagai bangsa Indonesia.*

(2) *Seluruh bumi, air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung didalamnya dalam wilayah Republik Indonesia sebagai karunia Allah*

memiliki pengertian: *Pertama*, sebutan dan isinya; *Hak Bangsa* adalah sebutan yang diberikan oleh para ilmuwan Hukum Tanah pada lembaga hukum dan hubungan hukum kongkret dengan bumi, air dan ruang angkasa Indonesia, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, yang dimaksudkan dalam Pasal 1 ayat (2) dan (3) UUPA. UUPA sendiri tidak memberikannya nama yang khusus. Hak ini merupakan hak penguasaan atas tanah yang lain, secara langsung ataupun tidak langsung bersumber padanya.¹¹⁸

Hak Bangsa mengandung 2 (dua) unsur, yaitu 1). *Unsur kepunyaan*, dan 2). *Unsur tugas kewenangan* untuk mengatur dan memimpin penguasaan dan penggunaan tanah-bersama yang dimilikinya. Hak bangsa atas tanah bersama tersebut bukan hak pemilikan dalam pengertian yuridis. Maka dalam rangka Hak Bangsa ada Hak Milik perorangan atas tanah. Tugas kewenangan untuk mengatur penguasaan dan memimpin penggunaan tanah bersama tersebut pelaksanaannya dilimpahkan kepada negara.¹¹⁹

Kedua, pemegang haknya; Subyek Hak Bangsa adalah seluruh rakyat Indonesia sepanjang masa yang bersatu sebagai Bangsa Indonesia, yaitu generasi-generasi terdahulu, sekarang dan generasi-generasi yang akan datang. *Ketiga*, tanah (objek) yang dipegang haknya; Meliputi semua tanah yang ada dalam wilayah Negara Republik Indonesia. Tidak ada tanah yang merupakan “res nullius” (tak bertuan).

Keempat, terciptanya hak bangsa; tanah-bersama tersebut adalah karunia Allah Subhana wa ta’ala kepada rakyat Indonesia, yang telah bersatu sebagai Bangsa Indonesia, Hak Bangsa sebagai lembaga hukum dan hubungan hukum kongkret merupakan satu kesatuan yang tak terpisahkan. Hak Bangsa sebagai lembaga hukum tercipta pada saat diciptakannya

Subhana wa ta’ala adalah bumi, air dan ruang angkasa bangsa Indonesia dan merupakan kekayaan nasional.

(3) Hubungan antara bangsa Indonesia dan bumi, air serta ruang angkasa termaksud dalam ayat (2) pasal ini adalah hubungan yang bersifat abadi.

¹¹⁸ Ibid, Boedi Harsono.

¹¹⁹ Ibid.

hubungan hukum kongkret dengan tanah sebagai karunia Allah Subhana wa ta'ala kepada rakyat Indonesia.

Kelima, hubungan yang bersifat abadi; Hak Bangsa merupakan hubungan hukum yang bersifat abadi, sebagaimana disebutkan dalam Penjelasan Umum II UUPA: “...selama rakyat Indonesia yang bersatu sebagai bangsa Indonesia masih ada dan selama bumi, air serta ruang angkasa Indonesia itu masih ada pula, dalam keadaan yang bagaimanapun tidak ada sesuatu kekuasaan yang akan dapat memutuskan atau meniadakan hubungan tersebut.” Maka juga tidak mungkin tanah-bersama, yang merupakan kekayaan nasional tersebut dialihkan kepada pihak lain.¹²⁰

Selanjutnya, *Hak Menguasai Dari Negara* di dalam UUPA diatur dalam Pasal 2 sebagai berikut :

(1) Atas dasar ketentuan dalam pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar dan hal-hal sebagai yang dimaksud dalam pasal 1, bumi air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung didalamnya itu pada tingkatan tertinggi dikuasai oleh Negara, sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat.

(2) Hak menguasai dari Negara termaksud dalam ayat (1) pasal ini memberi wewenang untuk :

- a. mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa tersebut;
- b. menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air dan ruang angkasa;
- c. menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.

(3) Wewenang yang bersumber pada hak menguasai dari Negara tersebut pada ayat (2) pasal ini digunakan untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat dalam arti kebangsaan, kesejahteraan dan

¹²⁰ Ibid.

kemerdekaan dalam masyarakat dan Negara hukum Indonesia yang merdeka, berdaulat, adil dan makmur.

(4) *Hak menguasai dari Negara tersebut di atas pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah Swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan-ketentuan Peraturan Pemerintah.*

Ketentuan Pasal 2 UUPA ini mengandung pengertian diantaranya : **Pertama**, sebutan dan isinya; *Hak Menguasai Dari Negara* adalah sebutan yang diberikan oleh UUPA kepada lembaga hukum dan hubungan hukum kongkret antara Negara dan tanah Indonesia, yang dirinci isi dan tujuannya dalam Pasal 2 ayat (2) dan (3) di atas. Kewenangan negara dalam bidang pertanahan tersebut merupakan pelimpahan tugas Bangsa sebagai pemilik Hak Bangsa sebagaimana yang telah diuraikan sebelumnya. Adapun kewenangan tersebut bersifat publik semata-mata. Maka berbeda benar dengan hubungan hukum yang bersifat pemilikan antara negara dengan tanah berdasarkan *domein-verklaring*¹²¹ dalam Hukum Tanah Administratif pada waktu sebelum berlakunya UUPA yang notabene adalah merupakan warisan kolonial Belanda.¹²²

Selanjutnya di dalam Penjelasan Umum II, disebutkan bahwa : *“Undang-Undang Pokok Agraria berpangkal pada pendirian, bahwa untuk mencapai apa yang ditentukan dalam pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar tidak perlu dan tidaklah pula pada tempatnya, bahwa bangsa Indonesia ataupun Negara bertindak sebagai pemilik tanah. Adalah lebih tepat jika Negara, sebagai organisasi kekuasaan dari seluruh rakyat*

¹²¹ Dalam Penjelasan Umum II angka 2 UUPA, disebutkan: “Azas Domein yang dipergunakan sebagai dasar daripada perundang-undangan agraria yang berasal dari Pemerintah jajahan tidak dikenal dalam hukum agraria yang baru. Azas Domein adalah bertentangan dengan kesadaran hukum rakyat Indonesia dan azas daripada Negara yang merdeka dan modern. Berhubung dengan ini azas tersebut, yang dipertegas dalam berbagai “pernyataan domein”, yaitu misalnya dalam pasal 1 Agrarisch Besluit (S. 1870-118), S. 1875-119a, S. 1874-94f, S. 1877-55 dan S. 1888-58 ditinggalkan dan pernyataan-pernyataan domein itu dicabut kembali.”

¹²² Ibid. Sebagai pembanding, lihat juga Muhammad Bakri, *Hak Menguasai Tanah Oleh Negara (Paradigma Baru Untuk Reformasi Agraria)*, (Yogyakarta: Citra Media, 2007).

(bangsa) bertindak selaku Badan Penguasa.”¹²³ Dan apa yang dikemukakan oleh UUPA tersebut memang tepat sebagai sumber dan landasan pelaksanaan tugas dan fungsi bagi kewenangan negara atas tanah.¹²⁴

Bandingkan konsepsi yang diutarakan oleh UUPA ini dengan pengertian ‘dikuasai oleh negara’ yang diberikan oleh *founding fathers* Negara Indonesia, yang juga tokoh ekonomi Indonesia, mantan Wakil Presiden RI pertama yang sekaligus juga sebagai salah satu arsitek Undang-Undang Dasar 1945, DR. Muhammad Hatta. Tokoh yang memperoleh Doktor *Honoris Causa* dari Universitas Indonesia ini menyatakan :

“...Pemerintah membangun dari atas, melaksanakan yang besar-besar seperti membangun tenaga listrik, persediaan air minum,...menyelenggarakan berbagai macam produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak. Apa yang disebut dalam bahasa Inggris “Public Utilities” diusahakan oleh Pemerintah Milik Perusahaan besar tersebut sebaik-baiknya di tangan Pemerintah...”¹²⁵

Konsepsi Penguasaan Tanah Oleh Negara yang diutarakan oleh Muhammad Hatta ini, tergolong konsepsi Hukum Tata Negara Modern dimasanya yang berbeda dengan konsepsi penguasaan tanah yang dikenal sebelumnya. Konsepsi penguasaan tanah oleh negara sebelumnya mengenal konsepsi Hukum Tata Negara Feodal. Teori penguasaan tanah dalam konsepsi Hukum Tata Negara Feodal ini menghendaki adanya pemilikan tanah oleh seluruh rakyat negara, yang berakibat tidak dimungkinkannya pemilikan tanah oleh perorangan. Konsep ini dapat dijumpai dalam konsepsi Hukum Tanah Rusia setelah golongan Komunis berhasil merebut kekuasaan pemerintahan pada tahun 1917. Oleh karena itu, konsep ini dikenal juga sebagai Konsepsi Hukum Tanah Komunis/ Konsepsi Komunis.¹²⁶

Sebagaimana diketahui, lembaga negara dalam hal ini pemerintah dalam arti yang luas, pada umumnya terbagi dalam tiga kelompok fungsional

¹²³ Inilah doktrin ‘Penguasaan Tanah Oleh Negara’ dari Muhammad Hatta yang kemudian diresepsi oleh UUPA.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Lihat tulisan DR. Muhammad Hatta ini dalam Majalah Gema Angkatan 45 terbitan tahun 1977 dengan judul “Pelaksanaan Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 33.”

¹²⁶ Op. Cit. Boedi Harsono, hal.269

sebagaimana konsep Montesquieu—Legislatif, Eksekutif dan Yudikatif. Konsep ini sepertinya juga diadopsi oleh UUPA yang dalam Pasal 2-nya, membagi kewenangan pemerintah meliputi bidang legislatif, eksekutif maupun yudikatif. Dalam penjelasan Pasal 2 UUPA itu dinyatakan bahwa : *“Soal agraria menurut sifatnya dan pada azasnya merupakan tugas Pemerintah Pusat (pasal 33 ayat 3 Undang-Undang Dasar). Dengan demikian maka pelimpahan wewenang untuk melaksanakan hak penguasaan dari Negara atas tanah itu adalah merupakan medebewind. Segala sesuatunya akan diselenggarakan menurut keperluannya dan sudah barang tentu tidak boleh bertentangan dengan kepentingan nasional. Wewenang dalam bidang agraria dapat merupakan sumber keuangan bagi daerah itu.”*¹²⁷

Kekuasaan legislatif, sebagaimana diatur dalam Pasal 2 UUPA ini dicakup dalam pengertian *“mengatur dan menentukan”*, dilaksanakan oleh Badan-badan legislatif pusat, yaitu Pemerintah (dalam arti sempit; eksekutif) dengan persetujuan DPR/ DPD dalam bentuk Undang-Undang. Pemerintah (dalam arti sempit; eksekutif) dalam bentuk Peraturan Pemerintah dalam bentuk Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU) dan Peraturan Pemerintah Pelaksanaan undang-undang. Dan Presiden dalam bentuk Keputusan/ Penetapan Presiden dan Menteri—atas nama Presiden—yang berwenang di bidang pertanahan dalam bentuk Peraturan Menteri.¹²⁸

Kekuasaan eksekutif, yang dicakup dalam pengertian menyelenggarakan dan menentukan dilakukan oleh Presiden, dibantu oleh Menteri atau Pejabat Tinggi lain yang bertugas di bidang pertanahan. Kewenangan ini sebagian dapat ditugaskan pelaksanaannya kepada para Pejabat Pusat yang bertugas di daerah dalam rangka *dekonsentrasi*.¹²⁹

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Periksa Undang-Undang mengenai Pemerintahan Daerah diantaranya: Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 125, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4437) sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2005 tentang

Adapun penguasa yudikatif berwenang menyelesaikan sengketa-sengketa tanah, baik di antara rakyat sendiri maupun di antara rakyat dan pemerintah, melalui Peradilan Umum sampai tingkat Mahkamah Agung.¹³⁰

Kedua, Pemegang Hak; Subyek Hak Menguasai dari Negara adalah Negara Republik Indonesia, sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat Indonesia. **Ketiga**, Tanah yang dipegang haknya; Hak Menguasai dari Negara meliputi semua tanah dalam wilayah Republik Indonesia, baik tanah-tanah tidak atau belum maupun yang sudah di miliki haknya dengan hak-hak perorangan. Tanah-tanah yang belum ada hak-hak perorangan oleh UUPA di atasnya, disebut *tanah-tanah yang dikuasai langsung oleh Negara* (Pasal 28, 37, 41, 43, dan 49 UUPA).¹³¹

Sedangkan dalam praktek administrasi, untuk meningkatkan pemakaian kata-kata, digunakan istilah *Tanah Negara*. Yang sudah tentu dalam arti yang benar-benar berbeda dengan konsep “tanah negara”; “milik negara”; “landsdomein” yang dikenal dalam konsep *domeinverklaring*.¹³² Sedangkan tanah-tanah yang sudah dibebankan hak-hak atas tanah primer, disebut *tanah-tanah hak* dengan nama sebutan haknya, misalnya : tanah Hak Milik, tanah Hak Guna Usaha, tanah Hak Guna Bangunan, tanah Hak Pakai, tanah Hak Sewa dan lain-lainnya.¹³³

Keempat, Pembebanan Hak Menguasai dari Negara; Pada prinsipnya Hak menguasai dari Negara tidak dapat dipindahtangankan kepada pihak lain. Tetapi tanah negara dapat diberikan dengan sesuatu hak atas tanah kepada pihak lain. Pemberian hak atas tanah-negara kepada seseorang atau badan hukum, bukan berarti melepaskan Hak Menguasai

Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2005 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah Menjadi Undang-Undang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 108, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4548, sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2008 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4844).

¹³⁰ Ibid, Boedi Harsono.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

tersebut dari tanah yang bersangkutan. Tanah tersebut tetap berada dalam penguasaan Negara. Negara tidak melepaskan kewenangannya yang diatur dalam Pasal 2 UUPA, terhadap tanah yang bersangkutan. Hanya saja sebagaimana dijelaskan dalam Penjelasan Umum UUPA, kewenangan Negara terhadap tanah-tanah yang sudah diberikan dengan sesuatu hak kepada pihak lain, menjadi terbatas, sampai batas kewenangan yang merupakan isi hak yang diberikan. Dan batas itu wajib dihormati oleh Negara.¹³⁴

Kelima, Pelimpahan pelaksanaannya kepada pihak lain; Pada prinsipnya memang Hak Menguasai dari Negara tidak dapat dipindahkan. Tetapi pelaksanaannya dapat dilimpahkan kepada Pemerintah Daerah dan masyarakat-masyarakat Hukum Adat, sepanjang hal itu diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, sebagai *tugas pembantuan*, bukan otonomi, yang mekanismenya diatur dengan Peraturan Pemerintah.¹³⁵

Keenam, Hak Pengelolaan; mengandung pengertian: 1). Selain kepada Pemerintah Daerah dan Masyarakat-masyarakat Hukum Adat, pelimpahan pelaksanaan sebagian kewenangan Negara tersebut dapat juga dilakukan kepada apa yang disebut Badan-badan Otorita, Perusahaan-perusahaan Negara dan Perusahaan-perusahaan Daerah, dengan pemberian penguasaan tanah-tanah tertentu dengan apa yang dikenal dengan sebutan *Hak Pengelolaan*. 2). Menurut Pasal 3 Peraturan Menteri Nomor 5 tahun 1974, Hak Pengelolaan memberi wewenang untuk : pertama, merencanakan peruntukan dan penggunaan tanah yang bersangkutan; kedua, menggunakan tanah tersebut untuk keperluan pelaksanaan usahanya; ketiga, menyerahkan bagian daripada tanah-tanah itu kepada pihak ketiga menurut persyaratan yang ditentukan oleh perusahaan pemegang hak tersebut, yang meliputi segi-segi peruntukan, penggunaan, jangka waktu dan keuangannya, dengan ketentuan bahwa pemberian hak atas tanah kepada pihak ketiga yang

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid. Lihat juga sebagai pembandingan, Muhammad Bakri, Op. Cit. hal.29-199

bersangkutan dilakukan oleh pejabat-pejabat yang berwenang menurut peraturan perundang yang berlaku.¹³⁶

Ketujuh, Hak menguasai dari Negara tidak akan hapus; Hak Menguasai dari Negara sebagai pelimpahan Hak Bangsa, tidak akan hapus, selama Negara Republik Indonesia masih ada sebagai negara yang merdeka dan berdaulat.

2.2. Mahkamah Konstitusi dan *Judicial Review*

Satu hal yang perlu diketahui sebelumnya oleh sidang pembaca, bahwa uraian mengenai Mahkamah Konstitusi dan *Judicial Review* disini sekedar sebagai pengantar untuk memahami eksistensi Mahkamah Konstitusi dan *Judicial Review*—dalam konteks ke-Indonesia-an—yang nantinya akan sangat membantu dalam pembahasan.¹³⁷

a. Mahkamah Konstitusi

Mengenai sejarah awal dikenalnya Mahkamah Konstitusi ini, dalam Kata Pengantar bukunya, Jimly Asshiddiqie¹³⁸ mengatakan :

¹³⁶ ibid

¹³⁷ Selanjutnya, untuk lebih mengetahui secara detail mengenai Mahkamah Konstitusi dan *Judicial Review*—dalam konteks Ke-Indonesia-an—peneliti menyarankan untuk melihat berbagai literatur yang ada, diantaranya : Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhri, *Mahkamah Konstitusi, Kompilasi Ketentuan Konstitusi, Undang-Undang Dan Peraturan Di 78 Negara*, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia dan Asosiasi Pengajar Hukum Tata Negara Dan Hukum Administrasi Negara Indonesia, 2003). Kemudian, Hamdan Zoelva, *Hubungan Mahkamah Konstitusi Dengan Lembaga-Lembaga Negara*, (Jentera Jurnal Hukum, edisi 11, tahun III, 2006., sebagaimana dikutip dalam tesis Risma Ismail Suny, *Kedudukan Dan Peranan Mahkamah Konstitusi Dalam Mekanisme Hubungan Antar Lembaga Negara*, (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2007). Selain itu juga dapat melihat *Pengkajian Tentang Masalah Hukum Judicial Review Oleh Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional & Departemen Hukum dan Hak Azasi Manusia RI, Tim Pengkajian dibawah pimpinan Winarno Yudho, 2007). Di samping itu terdapat juga tulisan Sutjipto, *Mahkamah Konstitusi Sebagai Wujud Salah Satu Tuntutan Reformasi*, Universitas Indonesia, Fakultas Hukum Program Magister Kenotariatan, (Tesis) Depok, Agustus 2002. dan Ikhsan Rosyada Parluhutan Daulay, *Mahkamah Konstitusi, Memahami Keberadaannya Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, (Jakarta: Rineka Cipta, 2006).

¹³⁸ Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhri, *Mahkamah Konstitusi, Kompilasi Ketentuan Konstitusi, Undang-Undang Dan Peraturan Di 78 Negara*, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia dan Asosiasi Pengajar Hukum Tata Negara Dan Hukum Administrasi Negara Indonesia, 2003), hal.2

“Negara yang dapat dianggap pelopor dalam membentuk mahkamah ini—Mahkamah Konstitusi—di Eropa adalah Austria yang mengadopsikan ide pembentukan Mahkamah Konstitusi itu dalam UUD tahun 1920. Mahkamah Konstitusi Austria yang sekarang ini ada telah berdiri dan menjalankan tugas konstitusionalnya sejak kemerdekaan Austria dari Jerman pada tahun 1945. Dapat dikatakan, Professor Hans Kelsen-lah yang banyak berperan dalam penyusunan UUD Austria tahun 1920 itu, terutama berkenaan dengan ide pembentukan Mahkamah Konstitusi.”

Saat itu, Hans Kelsen mengusulkan dibentuknya suatu lembaga yang diberi nama *Verfassungsgerichtshoft* atau *Constitutional Court* (Mahkamah Konstitusi), sebagai ‘penyempurna’ ide George Jellineck yang mengusulkan agar Mahkamah Agung Austria diberi wewenang menguji Undang-Undang terhadap Konstitusi Austria.¹³⁹ Gagasan Kelsen untuk membentuk satu lembaga pengadilan khusus yang berwenang melakukan pengujian undang-undang ini, kemudian diadopsi ke dalam Undang-Undang Dasar Austria tahun 1920 yang dinaskahkan dalam Konvensi Konstitusi pada tanggal 1 Oktober 1920 sebagai Konstitusi Federal Austria.¹⁴⁰

Selanjutnya, ide pembentukan Mahkamah Konstitusi ini diikuti dan diadopsi oleh negara-negara lainnya, termasuk Indonesia sebagai negara yang ke-78 di dunia yang mengadopsi ide ini.¹⁴¹

Tetapi, meskipun relatif sama dalam hal substansi wewenang dan fungsinya—menurut Jimly—di beberapa negara terdapat perbedaan dalam penggunaan nama Mahkamah Konstitusi (*Constitutional Court*) itu sendiri, diantaranya : Di Perancis, lembaga ini disebut Dewan Konstitusi (*Counseil Constitutionnel*). Di Belgia, lembaga ini dikenal dengan sebutan

¹³⁹ Lihat tulisan Jimly Asshiddiqie dkk., *Menjaga Denyut Konstitusi: Refleksi Satu Tahun Mahkamah Konstitusi*, (Ed. Refly Harun, Zainal A.M. Husein dan Bisariyadi), Cetakan Pertama, (Jakarta: Konstitusi Press, 2004), hal.5

¹⁴⁰ Hamdan Zoelva, *Hubungan Mahkamah Konstitusi Dengan Lembaga-Lembaga Negara*, (Jentera Jurnal Hukum, edisi 11, tahun III, 2006., sebagaimana dikutip dalam tesis Risma Ismail Suny, *Kedudukan Dan Peranan Mahkamah Konstitusi Dalam Mekanisme Hubungan Antar Lembaga Negara*, (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2007), hal. 57-58

¹⁴¹ Loc. Cit, Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhri, Lihat juga H.M. Laica Marzuki, *Berjalan-jalan Di Ranah Hukum: Pikiran-pikiran Lepas Prof. DR. H.M. Laica Marzuki, SH.*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hal.82

Constitutional Arbitrage (Arbitrase Konstitusional), yang lebih cenderung berfungsi sebagai penyelesaian sengketa.

Di samping itu, dalam hubungannya dengan bentuk-bentuk pengorganisasian fungsi Mahkamah Konstitusi, Jimly mengelompokan negara-negara yang ada di dunia sekarang ini menjadi 6 (enam) kelompok besar, yaitu : *Pertama*, adalah model Jerman yang memiliki Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi sebagai dua organ yang sederajat dan terpisah. *Kedua*, adalah Perancis yang menyebut lembaga semacam itu dengan nama Dewan Konstitusi (Counseil Constitutionnel) di samping struktur Mahkamah Agung yang berdiri sendiri. *Ketiga*, model Belgia yang menyebut lembaga ini dengan nama '*Constitutional Arbitrage*', di samping Mahkamah Agung yang tersendiri.¹⁴²

Keempat, model Venezuela, dimana Mahkamah Konstitusi dilembagakan dalam struktur Mahkamah Agung. *Kelima*, adalah model Amerika Serikat yang tidak mempunyai Mahkamah Konstitusi tetapi fungsinya dijalankan oleh Mahkamah Agung. Dan *Keenam*, model negara-negara yang menganut sistem supremasi parlemen, yang sama sekali tidak mengenal lembaga Mahkamah Konstitusi dan juga tidak mengakui adanya fungsi *Judicial Review* atas konstitusionalitas undang-undang yang diakui sebagai fungsi pokok terpenting yang menyebabkan Mahkamah Konstitusi harus ada.¹⁴³

Adapun dalam konteks ke-indonesia-an, sebagaimana diketahui, bahwa berdasarkan Bab IX (Kekuasaan Kehakiman) yang terdiri dari Pasal 24 sampai dengan Pasal 25 UUD 1945—dalam satu naskah—dikenal ada 3 (tiga) lembaga negara yang memegang kekuasaan kehakiman di Indonesia. Ketiga lembaga itu adalah : *pertama*, Mahkamah Agung beserta badan-badan peradilan dibawahnya, *kedua*, Komisi Yudisial, dan *ketiga*, Mahkamah Konsitusi.

¹⁴² Loc. Cit, Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhri

¹⁴³ Ibid, Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhri

Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.¹⁴⁴ Selanjutnya, Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim.¹⁴⁵

Adapun Mahkamah Konstitusi adalah lembaga kehakiman yang memiliki wewenang diantaranya : *Pertama*, Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. *Kedua*, Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar. *Ketiga*, Memutus pembubaran partai politik. *Keempat*, memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. dan *Kelima*, Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.¹⁴⁶

Selanjutnya, di dalam Bab III Pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, dijelaskan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk : a). menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; b). memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; c). memutus pembubaran partai politik; dan d). memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Pasal 24A ayat (1) Perubahan Ketiga UUD 1945

¹⁴⁵ Pasal 24B ayat (1) Perubahan Ketiga UUD 1945

¹⁴⁶ Pasal 24C ayat (1) dan (2) Perubahan Ketiga UUD 1945

¹⁴⁷ Pasal 10 ayat (1) UU Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi

Di samping itu Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden diduga telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.¹⁴⁸

Berdasarkan hal ini, ditilik dari sudut pandang wewenangnya, terdapat dua lembaga kehakiman di dalam UUD 1945 yang berwenang melakukan pengujian peraturan perundang-undangan, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Perbedaannya terletak pada objek peraturan perundangan yang diuji. Dimana Mahkamah Agung berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang. Dalam hal ini, Mahkamah Agung dianggap sebagai penjaga Undang-Undang (*The Guardian of Act*), sedangkan Mahkamah Konstitusi berwenang menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar—Konstitusi—*The Guardian of Constitution*

b. *Judicial Review*

Judicial Review, dalam Sistem Hukum Amerika Serikat—sebagai negara yang paling awal mengakui adanya mekanisme ini—dimaknai sebagai :

“.....as the power of a court to review the actions of other governmental bodies in order to determine whether or not those actions are consistent with the constitution. The actions of administrative agencies are, of course, included among those subject to judicial review. However, judicial review of administrative agencies poses problems for courts that may not present in other areas of the law.”¹⁴⁹

Di samping itu, Eric Barendt menulis :

¹⁴⁸ Pasal 10 ayat (2) UU Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi

¹⁴⁹ James V. Calvi and Susan Coleman, *American Law And Legal System*, (Engelwood Cliffs, New Jersey-USA: Prentice Hall Inc., 1989), p.197-198

“Judicial review is a feature of most modern liberal constitution. It refers to the power of courts to control the compatibility of legislation and executive acts with the terms of the constitution. Often this function is given to a special constitutional courts; the ordinary courts must refer constitutional questions to it. If they arise during the course of litigation.”¹⁵⁰

Selanjutnya Charles L. Black menyatakan :

“The prime and most necessary function of the Court has been that of validation, not that of invalidation. What a government of limited powers needs, at the beginning and forever, is some means of satisfying the people that it has taken all steps humanly possible to stay within its powers.”¹⁵¹

Penggunaan istilah *judicial review* sendiri berasal dari *Common Law System* (sistem hukum anglo saxon). Diawali dengan keberanian seorang hakim¹⁵² untuk berijtihad (melakukan inovasi hukum) dalam kasus *Marbury v. Maddison* di Amerika Serikat tahun 1803, sebagai suatu perkembangan baru dalam teori politik-hukum modern.¹⁵³

Manfaat *Judicial Review* saat itu, terutama berkaitan dengan keperluan untuk mengadakan pengujian terhadap konstitusionalitas undang-undang yang ditetapkan parlemen. Inti perdebatan dalam kasus tersebut adalah bahwa Mahkamah Agung Amerika Serikat yang dipimpin John Marshall ditantang untuk melakukan pengujian (*review atau toetsting*) atas konstitusionalitas undang-undang yang ditetapkan oleh Konggres. Keputusan *Madbury melawan Madison* pada tahun 1803 itu sangat populer dan diyakini sebagai awal kelahiran *judicial review* di USA.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Eric Barendt, *An Introduction To Constitutional Law* dalam Satya Arinanto, *Politik Hukum 1*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Edisi Pertama, Jakarta, 2001, hal.123

¹⁵¹ <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/judicialrev.htm>

¹⁵² Hakim itu adalah John Marshall, yang saat itu menjabat sebagai Ketua Mahkamah Agung (*Chief Justice*). Ketika itu dia menetapkan bahwa *The Supreme Court* (Mahkamah Agung) memiliki kewenangan menguji Undang-Undang sebagai produk lembaga legislative, meskipun hal itu tidak bersifat “*constitutionally entrusted power*”

¹⁵³ Lihat tulisan Keith E. Whittington, *Theories of Judicial Review Spring 2007*, <http://www.princeton.edu>. Dan sebagai pembanding, lihat juga Jimly Asshiddiqie, (ibid), dan Suropto, *Wewenang Mahkamah Konstitusi Menguji Undang-Undang (Judicial Review)*, www.setneg.go.id, Kamis, 21 Juni 2007.

¹⁵⁴ Ibid, Jimly Asshiddiqie dan lihat juga Suropto, ibid

Akhirnya, Marshall berpendapat bahwa konstitusi tertulis dan pengadilan independen mengisyaratkan kekuasaan *judicial review* ada di Mahkamah Agung, hal ini berkaitan karena adanya kenyataan ketidaksesuaian antara konstitusi dan undang-undang, sehingga tidak mempunyai pilihan lain, kecuali harus memberlakukan hukum yang lebih tinggi yang dapat menganulir Undang-Undang.¹⁵⁵

Pendapat Mahkamah Agung Amerika Serikat ini kemudian berkembang menjadi teori dan diterima luas di sebagian besar negara-negara di dunia saat ini. Hanya saja, terdapat beberapa permasalahan di dalam *judicial review* yang masih *debatable* dan hangat dibicarakan sampai saat ini.¹⁵⁶ Namun tentunya, penelitian ini tidak hendak membahas isu-isu itu. Menurut peneliti, perlu ruang tersendiri untuk membahasnya.

Di Indonesia, *judicial review* mulai dikenal dan dipraktekkan secara tegas oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dengan adanya ketentuan ayat 1) Pasal 24C UUD 1945.¹⁵⁷

Di dalamnya dinyatakan bahwa : “Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk *menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar*, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum,”¹⁵⁸ anasir “menguji undang-

¹⁵⁵ Ibid, Suripto

¹⁵⁶ Ibid, Keith E. Whittington dan Jimly Asshiddiqie, ibid

¹⁵⁷ Republik Indonesia, *UUD 1945 Dalam Satu Naskah*.

¹⁵⁸ Selengkapnya Pasal 24C UUD 1945 berbunyi :

Pasal 24C

1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

2) Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.

3) Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang

undang terhadap Undang-Undang Dasar” inilah yang selanjutnya dikenal dengan istilah *Judicial Review* oleh mahkamah konstitusi.

Pengujian Undang-Undang terhadap Undang-undang Dasar—konstitusi—atau lebih populer dikenal dengan *Judicial Review* di Indonesia, ditetapkan dalam Pasal 24C UUD NRI Tahun 1945 (Perubahan Ketiga) sebagai salah satu kewenangan Mahkamah Konsitusi. Selanjutnya di dalam Pasal 10 ayat (1) huruf a UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi dinyatakan : “(1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk : a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.”

Sesuai dengan kewenangannya sebagai pengadilan tingkat pertama dan terakhir dengan keputusan yang bersifat final untuk menguji UU (undang-undang) terhadap UUD (undang-undang dasar), hingga tahun 2005, MK (Mahkamah Konstitusi) setidaknya telah memutus 50 perkara dalam pengujian UU terhadap UUD, dan isi putusannya ada yang mengabulkan pengujian itu, ada yang ditolak, dan ada yang tidak diterima.¹⁵⁹

Kalau permohonan pengujian UU dikabulkan oleh MK, maka tindak lanjut sebagai konsekuensinya, peraturan berupa UU itu akan diubah sebagian, ataupun keseluruhannya, oleh pihak pembuat UU. Kalau MK menolak permohonan pengujian UU, maka siapapun tidak boleh mengajukan permohonan pengujian UU baik segi pembuatannya ataupun segi materi

oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden.

4)Ketua dan Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi dipilih dari dan oleh hakim konstitusi.

5)Hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara.

6)Pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undangundang.

¹⁵⁹ M. Solly Lubis, *Mahkamah Konstitusi Dan Putusannya : Antara Harapan Dan Kenyataan*. Jakarta: e-jurnal Mahkamah Konstitusi, Jurnal Konstitusi, Volume 3 Nomor 4 Desember 2006, hal.59

muatannya (substansi materinya) dari UU yang sama, yang pernah diuji dan diputus oleh MK tersebut.¹⁶⁰

Kalau permohonan tidak dapat diterima maka masih terbuka kemungkinan bagi pihak lain untuk mengajukan permohonan pengujian yang sama. Pihak lain yang dimaksud adalah orang, kelompok atau badan hukum (*natuurlijke persoon* dan *rechtspersoon*) yang dinilai memenuhi persyaratan *legal standing* sebagai pemohon serta mampu menunjukkan kerugian konstitusionalnya sebagai diatur dalam Pasal 51 UU tentang MK dan yurisprudensi.¹⁶¹

Judicial review yang menjadi kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah menguji secara konstitusionalitas suatu undang-undang. Dalam hal, menguji sejauh mana undang-undang yang bersangkutan bersesuaian atau bertentangan (*tegengesteld*) dengan UUD. *Constitutie is de hoogste wet*, kata Laica Marzuki.¹⁶² Dan jika undang-undang yang diuji tersebut dinyatakan bertentangan dengan UUD, maka undang-undang tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.¹⁶³

Menurut Pasal 51 ayat (3) Undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, terdapat 2 (dua) macam pengujian undang-undang, yakni: *pertama*, pengujian undang-undang secara formal (*formele toetsing*), yakni pengujian terhadap prosedur pembentukan suatu undang-undang, apakah dilakukan sesuai ketentuan yang ada atau tidak. *Kedua*, Pengujian undang-undang secara materiil (*materieele toetsing*), yakni pengujian terhadap suatu undang-undang dilakukan karena terdapat materi muatan—*substance*—dalam ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang yang dianggap pemohon bertentangan dengan Undang-undang Dasar.¹⁶⁴

¹⁶⁰ibid, M. Solly Lubis

¹⁶¹ibid, M. Solly Lubis

¹⁶²ibid, M. Solly Lubis

¹⁶³ibid, M. Solly Lubis, mengutip Laica Marzuki, *Berjalan-Jalan Di Ranah Hukum*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hal.84. Lihat juga *Pengkajian Tentang Masalah Hukum Judicial Review Oleh Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional & Departemen Hukum dan Hak Azasi Manusia RI, Tim Pengkajian dibawah pimpinan Winarno Yudho, 2007), hal.35

¹⁶⁴ ibid, M. Solly Lubis

Dalam hal suatu pembentukan undang-undang tidak memenuhi ketentuan pembentukan undang-undang berdasarkan UUD maka undang-undang tersebut dinyatakan Mahkamah Konstitusi tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Apabila suatu materi muatan ayat, pasal dan/atau bagian undang-undang dinyatakan mahkamah bertentangan dengan UUD maka materi muatan ayat, pasal dan/atau bagian undang-undang tersebut tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat.¹⁶⁵

Putusan Mahkamah Konstitusi yang mengabulkan permohonan wajib dimuat dalam Berita Negara, dan dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja sejak putusan diucapkan. Undang-undang yang diuji tetap berlaku, sebelum ada putusan yang menyatakan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan UUD.¹⁶⁶

Mahkamah Konstitusi tidak membatalkan keberlakuan suatu undang-undang tetapi menyatakan bahwasanya suatu undang-undang, atau materi ayat, pasal dan/atau bagian undang-undang tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat (*not legally binding*). Mahkamah tidaklah dapat mengubah rumusan redaksi ayat, pasal dan/atau bagian undang-undang.¹⁶⁷

Satu hal yang juga perlu mendapat perhatian adalah, dalam rangka melaksanakan kewenangannya menguji undang-undang, Mahkamah Konsitusi dibatasi kewenangannya hanya dapat menguji undang-undang yang diundangkan setelah perubahan Undang-Undang Dasar 1945.¹⁶⁸

2.3. 'The Five Qualities' dari Leonard J. Theberge

Selanjutnya, berbicara mengenai pembangunan ekonomi—terutama di negara-negara berkembang seperti Indonesia—barangkali sudah menjadi sebuah konsensus bahwa salah satu pendorong terpenting dalam rangka meningkatkan pembangunan ekonomi adalah masuknya modal asing

¹⁶⁵Pasal 57 ayat (1) dan (2) UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

¹⁶⁶Pasal 57 ayat (3) dan Pasal 58 UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

¹⁶⁷ *ibid*, M. Solly Lubis, mengutip Laica Marzuki, hal.85

¹⁶⁸ Pasal 50 dan Pasal Penjelasannya UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi

(investasi) sebagai *The first capital* untuk memberdayakan perekonomian negara yang bersangkutan.¹⁶⁹

Proponent pendapat ini, John Sutton (Sir John Hicks) dari *London School of Economics* berpendapat bahwa: “*Penanaman Modal Asing adalah partner anda untuk mendorong pertumbuhan ekonomi dan berperan menjadikan sebuah negara sebagai jaringan bisnis internasional untuk membuka lapangan kerja.*”¹⁷⁰

Terlepas dari itu, seperti telah diketahui bersama bahwa ada 3 (tiga) prasyarat utama untuk mendatangkan modal asing ke suatu negara, diantaranya : *Economic Opportunity*, *Political Stability* dan *Legal Certainty*.¹⁷¹ Yang dalam bahasanya John Sutton dinamakan *Capability*, yaitu sekumpulan variable yang membuat bisnis—dalam hal ini investasi asing sebagai *basic modal*—tetap bisa beroperasi dengan efisien sebagai kompensasi tingginya upah buruh. Selanjutnya dia berpendapat :“*Tak ada korporasi multinasional yang akan mau berbisnis di negara yang tidak memiliki ‘capability’ itu, karena pemodal memiliki banyak pilihan.*”¹⁷²

Economic Opportunity terkait dengan keuntungan-keuntungan ekonomi yang ditawarkan kepada investor untuk menarik minat mereka

¹⁶⁹ Lihat uraian pendapat para sarjana yang berpendapat demikian di dalam tulisan Sentosa Sembiring, Op. Cit., hal. 23-28. Selain itu juga terdapat pendapat yang jika menggunakan pendekatan *Conflict Coercion*, konsensus ini menurut peneliti sangat perlu untuk dikaji kembali oleh para pakar ekonom Indonesia dalam pengambilan kebijakan moneter Indonesia. Karena sebagaimana pengakuan atas kesadarannya sendiri seorang ‘Economic Hitman’, John Perkins dalam bukunya *Confession Of An Economic Hit Man* (Edisi Indonesia diterjemahkan oleh Herman Tirtaatmaja dan Dwi Karyani), Abdi Tandur, Jakarta, 2005. *consensus* ini adalah ‘celah’ yang sangat potensial dimanfaatkan oleh pihak asing untuk mengatur, mengeksploitasi bahkan menghancurkan perkenomian suatu negara. Tetapi demi kepentingan pembahasan konsensus ini untuk sementara kita terima saja dulu, karena pembahasan tentang kontroversi dua pendapat ini menurut peneliti perlu dikaji pada ruang tersendiri.

¹⁷⁰ Pendapat John Sutton (Sir John Hicks), dalam seminar “The International Public Seminar of The Year” yang diadakan oleh Universitas Pelita Harapan (dikutip dalam tesisnya Antori Dasihan, *Penegakan dan Kepastian Hukum di Indonesia Dalam Rangka Pemulihan Perekonomian*), Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2003

¹⁷¹ Leonard J. Theberge, *Law and Economic Development*, Journal Of International Law And Policy, p.232, dikumpulkan oleh Erman Rajagukguk dalam *Hukum dan Pembangunan (Bahan Diskusi Program Magister)*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2006. hal. 157

¹⁷² Op. Cit. Antori Dasihan, hal. 17

menanamkan modalnya ke negara penawar, contohnya : rendahnya upah buruh, pangsa pasar yang luas, tersedianya bahan baku dalam jumlah yang banyak, rendahnya tingkat inflasi, rendahnya tingkat bunga bank, kondisi makro ekonomi yang menguntungkan dan keuntungan-keuntungan ekonomi lainnya.¹⁷³

Political Stability adalah *country risk* suatu negara yang sangat berpengaruh pada ‘rasa aman’ para investor yang tidak mau mengambil resiko duitnya hilang karena instabilitas politik dan keamanan di negara tujuan investasi tidak kunjung selesai. Dalam konteks Indonesia, banyaknya demo yang tidak henti-hentinya dengan berbagai macam isu, kondisi ancaman disintegrasi di Papua, Maluku, Aceh, Poso yang juga diwarnai dengan isu-isu Hak Asasi Manusia akan menjadi *benchmark* investor untuk berpikir dua kali menanamkan modalnya di Indonesia.¹⁷⁴

Barangkali ini adalah kondisi fitrah yang berlaku universal, bahwa setiap orang akan memilih bisnis di tempat yang ‘aman’ dengan laba yang sedikit daripada berbisnis di tempat yang rendah tingkat keamanannya, walaupun laba yang dijanjikannya besar. *Political stability* ini sebenarnya akan membuktikan satu hal kepada investor, bahwa pemerintah di negara tujuan investasi tersebut adalah pemerintah yang kuat, berwibawa dan *credible* menjamin kemandirian demi kelancaran kegiatan-kegiatan bisnisnya.¹⁷⁵

Prasyarat terakhir untuk menarik masuknya modal asing adalah *Legal Certainty*, yaitu *Legal framework* negara tujuan investasi, tentang bagaimana tiga elemen utama hukum *Substance, Structure* dan *Legal*

¹⁷³ Materi perkuliahan Erman Rajagukguk, saat menguraikan tulisan Leonard J. Theberge, *Law And Economic Development*, hari Senin, 19 Februari 2007. Sebagai tambahan, lihat juga Suparji, *Penanaman Modal Asing Di Indonesia, Insentif v. Pembatasan*, (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Al Azhar Indonesia, 2008), hal.132-145

¹⁷⁴ Ibid, Erman Rajagukguk, (Materi Perkuliahan)

¹⁷⁵ Ibid, Erman Rajagukguk, (Materi Perkuliahan), bandingkan dengan Suparji (ibid), hal.122-132

Culture—meminjam istilah Friedman¹⁷⁶—mendukung atau justru menghambat penanaman modal asing di negara tersebut.¹⁷⁷

Di samping itu, agar suatu sistem hukum dapat memberikan andil yang besar di dalam pembangunan ekonomi termasuk meningkatkan gairah investor untuk menanamkan modalnya di suatu negara, maka sistem hukum *host country* tersebut harus memenuhi apa yang dinamakan Theberge sebagai ‘five qualities’ yaitu : (1) *Stability*, (2) *Predictability*, (3) *Fairness*, (4) *Education*, (5) *The Special development abilities of the lawyer*.¹⁷⁸

Kelima kualitas ini menurut Theberge adalah prasyarat ‘wajib’ untuk diadopsi dan dikandung dalam upaya menjadikan hukum berperan penting dalam proses pembangunan ekonomi suatu negara. Dan hal ini telah dibuktikan pada komunitas masyarakat industri di Eropa, yang menjadikan perekonomian di Negara-negara itu maju pesat. Dan sebaliknya, jika suatu produk perundang-undangan—terutama di bidang investasi dan bidang ekonomi lainnya tidak menganut atau tidak memiliki lima kualitas ini, sudah dapat dipastikan perekonomian di negara tersebut akan selalu terpuruk. Dari segi investasi, mustahil para pemodal asing ‘nekat’ menanamkan modalnya di negara tersebut. Kondisi ini pada akhirnya akan membuat negara tersebut kekurangan modal untuk membangun dan akan mengalami krisis kepercayaan dari dunia bisnis internasional.¹⁷⁹

Theberge secara singkat menjelaskan, *Stability* adalah bahwa hukum harus dapat mangakomodir, menyeimbangkan dan melindungi kepentingan-kepentingan yang ada di dalam proses penanaman modal tersebut. Diantaranya kepentingan negara penerima investasi, kepentingan investor, kepentingan pihak-pihak lain yang terkait secara langsung atau tidak langsung dengan penanaman modal itu—dalam konteks Indonesia—

¹⁷⁶ Lawrence Meir Friedman, *American Law*, (New York: W.W.Norton Company, 1984), p.7

¹⁷⁷ Op. Cit. Erman Rajagukguk, (Materi Perkuliahan), Senin, 19 Februari 2007, bandingkan juga dengan Suparji (ibid), hal.146-182

¹⁷⁸ Op Cit, Leonard J. Theberge, p.232, Erman Rajagukguk, hal.157

¹⁷⁹ Senada dengan pendapat John Sutton (Sir John Hicks) dari *London School of Economics*, sebelumnya.

kepentingan pengusaha kecil dan menengah, pengusaha tradisional, koperasi dan unit-unit usaha mikro lainnya, dan kepentingan masyarakat umum.¹⁸⁰

Predictability diartikan bahwa sistem hukum di suatu negara dalam kaitannya dengan penanaman modal asing harus dapat memberikan kepastian hukum bagi semua pihak yang terkait, terutama pihak investor. Bahkan Max Weber menyatakan bahwa *predictability* itulah yang ia namakan ‘rational’— bentuk hukum yang ideal karena sifatnya yang dapat diprediksi.¹⁸¹

Disamping itu A. Ahsin Thohari menyatakan : “*Predictability* ini menjadi elemen amat penting untuk menjaga keadaan hukum tetap sebagai rujukan terakhir dalam masyarakat dan *melindungi kewibawaan hukum itu sendiri.*” Artinya, hukum yang *unpredictable* akan menghilangkan sifat supremasi hukum itu sendiri dan menjadikan hukum itu tidak berwibawa serta tidak lagi dihargai. Dalam konteks penanaman modal asing, negara yang sistem hukumnya *unpredictable* ini mustahil menarik investor asing masuk menanamkan modalnya di Indonesia. Kalaupun ada, hanyalah para ‘spekulan nekat’ dalam jumlah yang sangat sedikit dan tidak akan mendorong pertumbuhan ekonomi nasional. Selain itu, *predictability* bagi pengusaha—investor—sangat bermanfaat untuk memperhitungkan estimasi hak dan kewajibannya, terutama dalam hal pembiayaan yang timbul dari proses investasinya.¹⁸²

Selanjutnya, *Fairness* menurut Theberge adalah “*such as due process; equality of treatment, and standards for government behaviour, have been emphasized by other writers as necessary for both the maintenance of the market mechanism and the prevention of bureaucratic excesses*”. Dengan kata lain, hukum itu harus dapat menciptakan keadilan bagi para pihak. Tidak ada diskriminasi dalam penerapan hukum. Dalam

¹⁸⁰ Op. Cit. Leonard J. Theberge, p.232

¹⁸¹ Max Weber ; *Law in Economy and Society*, dalam A Primer in the Sociology of Law (second edition) oleh Dragan Milovanovich, (New York: Harrow dan Heston Publishers, 1994), p.46

¹⁸² Antori Dasihan, *dan Kepastian Hukum di Indonesia Dalam Rangka Pemulihan Perekonomian*, Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, (tesis) Jakarta, 2003, dikutip dari Kompas, Edisi Jum`at 5 Juli 2002

konteks penanaman modal, hukum harus berlaku sama kepada semua investor, baik dalam dan luar negeri dengan tetap memperhatikan asas-asas kepatutan dan keadilan. Hal ini penting untuk memelihara mekanisme pasar dan mencegahnya dari tindakan-tindakan keterlaluhan aparat birokrasi.¹⁸³

Kualitas *Education* dalam pandangan Theberge adalah syarat bahwa suatu produk hukum haruslah lebih bersifat ‘mendidik’. Tidaklah semata-mata hukum menjadi ‘satpam penjaga malam’ yang berifat *Repressive*. Yang dalam bahasanya Emile Durkheim fungsi hukum jenis ini hanyalah *suitable* untuk masyarakat *mekanik*—masyarakat heterogen contohnya pada komunitas masyarakat pedalaman;primitive—yang pembagian kerjanya belum sekompleks masyarakat organik—masyarakat perkotaan.¹⁸⁴

Sedangkan untuk masyarakat dengan pembagian kerja yang sangat kompleks—*division of labour*—dalam konteks kali ini berkaitan dengan masyarakat bisnis internasional, maka hukum yang paling cocok digunakan adalah tipe *Restitutive*. Tipe hukum seperti restitutif law ini menurut Durkheim, bertujuan untuk ‘mengembalikan keadaan yang telah dirusak oleh suatu perbuatan melawan hukum kepada keadaan semula—*equilibrium*’, artinya unsur hukuman bukanlah satu-satunya alternative terakhir untuk memperbaiki keadaan. Tetapi untuk memperbaiki keadaan yang telah dirusak, diperlukan tindakan-tindakan lain yang mengarah pada ‘pemulihan’ kembali kondisi yang ada.¹⁸⁵

Misalnya dalam suatu kasus pencemaran lingkungan, ketika Newmont Minahasa Raya (PT. NMR) karena kelalaiannya menyebabkan pencemaran limbah yang merugikan masyarakat.¹⁸⁶ Maka pemerintah sebagai aktor penengah sekaligus penegak hukum tidak semerta-merta

¹⁸³ Op Cit, Leonard J. Theberge, p.232, Erman Rajagukguk, hal.157

¹⁸⁴ Emile Durkheim, *Toward a Systematic Sociology of Law*, dalam *A Primer in the Sociology Of Law* (second edition), Dragan Milovanovich, Harrow and Heston Publishers, New York, 1994. p.25-26

¹⁸⁵ Ibid. Emile Durkheim

¹⁸⁶ Salah satu contoh kasus, sidang pembaca dapat mengkaji lebih jauh lagi kasus Buyat antara PT. Newmont Minahasa Raya (NMR) versus Pemerintah Indonesia dalam tulisan Raja P.Siregar, *Singkap Buyat, Temuan-Pengabaian-Kolusi*. (Jakarta: WALHI, 2006).

langsung memberikan hukuman penghentian terhadap aktivitas usaha pabrik tersebut. Tetapi dengan dikenalnya prinsip “*Poluter Must Pay*”, maka pemerintah—sebagai representasi hukum—cukup meminta pihak pabrik tersebut ‘membayar dengan pantas’ harga kerugian yang diderita masyarakat dan memperbaiki sarana pengolahan limbahnya dengan tetap mengizinkan beroperasi pabrik tersebut. Dan tindakan ini dilakukan semata-mata untuk ‘mendidik’ PT. NMR agar tidak mengulangi kelalaiannya itu.¹⁸⁷

Kualitas kelima, *The special development abilities of the lawyer* adalah lebih diarahkan pada pemberdayaan dan pengembangan *ability* para *lawyer* di suatu negara. Theberge mengatakan : “....*The Lawyer`s talents can be utilized for the purposed of economic development have been suggested,*” dapat dikatakan bahwa peran *lawyer* sangat signifikan dalam pembangunan ekonomi disuatu negara.¹⁸⁸

Dalam konteks di Indonesia, pemberdayaan dan pengembangan kemampuan-kemampuan *lawyer* diharapkan dapat memberi sugesti tegaknya kepastian hukum dan prinsip-prinsip supremasi hukum dalam bidang penanaman modal di Indonesia. Dan satu hal yang juga perlu mendapat perhatian kita semua adalah, penyebab lemahnya *bargaining position* Indonesia di forum-forum sengketa internasional salah satunya diakibatkan karena lemahnya *abilities* yuris-yuris yang mewakili Indonesia dalam forum itu. Dan ini sudah seharusnya diantisipasi oleh Pemerintah Indonesia.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Bandingkan dengan tulisan Bambang Prabowo Hendarso, *Penegakan Hukum* (artikel), dalam *Kumpulan Bahan Kuliah Hukum Lingkungan*, (Jakarta: Yayasan Indonesia Lestari, 1999).

¹⁸⁸ Op Cit, Leonard J. Theberge, p.233-234, Erman Rajagukguk, hal.157-159

¹⁸⁹ Cermati tulisan Hikmahanto Juwana, *Hukum Internasional Dalam Konflik Kepentingan Ekonomi Negara Berkembang Dan Negara Maju*, Pidato Upacara Pengukuhan Sebagai Guru Besar Tetap Dalam Ilmu Hukum Internasional Pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Depok: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 10 November 2001.

BAB 3. TINJAUAN PUSTAKA

Tinjauan pustaka adalah telaahan terhadap tulisan-tulisan atau laporan-laporan penelitian yang berisi ulasan teori yang 'dikembangkan' oleh peneliti-peneliti terdahulu dalam objek penelitian yang sama. Gunanya adalah sebagai bantuan informasi bagi peneliti lain terkait dengan masalah yang sama.¹⁹⁰

Di satu sisi, khususnya mengenai Hukum Investasi di Indonesia secara umum, tidak terbilang jumlah kepustakaan yang telah membahasnya. Namun di sisi lain, kepustakaan yang membahas tentang Hukum Investasi di Indonesia pasca diberlakukannya Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal, apalagi sejak keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian UU No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal ini, terbilang belum begitu banyak dan masih sangat terbatas. Oleh karena itu bagi kami (peneliti), kondisi ini merupakan alasan utama, diantara alasan lain disusunnya tesis ini. Tentunya dengan tujuan untuk menambah referensi kepustakaan ilmiah yang berisi khazanah informasi faktual dan aktual terkait dengan pengaturan investasi asing langsung di Indonesia, khususnya pasca keluarnya Putusan MKRI tentang *Judicial Review* UUPM itu sendiri.

Berdasarkan penelusuran kepustakaan yang dilakukan oleh peneliti di berbagai perpustakaan dan pusat studi, ditemukan beberapa kepustakaan yang menurut peneliti cukup 'mumpuni' dijadikan sebagai referensi melihat lebih jauh penelitian terhadap topik yang 'mirip tapi tak sama' dengan penelitian kali ini, diantaranya : 1). Erman Radjagukguk, *Hukum Investasi Di Indonesia, Anatomi Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*, dengan Penerbit Fakultas Hukum Al Azhar Indonesia, Jakarta: 2007. 2). Suparji. *Penanaman Modal Asing Di Indonesia, Insentif v. Pembatasan*. Buku ini adalah disertasi yang bersangkutan, dengan promotor Profesor Erman Radjagukguk Diterbitkan oleh Universitas Al Azhar Indonesia, Fakultas Hukum, Jakarta : 2008.

¹⁹⁰ Judith Bell, *Melakukan Proyek Penelitian Secara Mandiri; Penuntun Bagi Para Peneliti Pemula Dalam Bidang Pendidikan, Kesehatan, dan Ilmu Sosial (Doing Your Research Project; A guide For First-Time researchers in Education, Health and Social Science)*, Edisi Keempat, Alih Bahasa : Jacobus Embu Lato, (Jakarta: PT. Indeks Kelompok Gramedia, 2006), hal.34

3.1. Erman Radjagukguk, *Hukum Investasi Di Indonesia, Anatomi Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*, dengan Penerbit Fakultas Hukum Al Azhar Indonesia, Jakarta: 2007.

Sebagai salah satu ‘aktor’ yang membidani lahirnya Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal, penulis—Erman Radjagukguk—terlihat sangat menguasai secara komprehensif anatomi UU Penanaman Modal yang baru ini. Hal ini tampak dari pembahasan yang sistematis dan langsung pada substansi ketentuan-ketentuan yang diatur dalam UUPM.

Pada bab I buku ini, penulis menguraikan beberapa alasan-alasan mengapa modal asing datang ke suatu negara, diantaranya¹⁹¹ :

Pertama, Upah Buruh Murah. Hal ini biasa dijadikan sebagai salah satu alasan utama investor asing melakukan ekspansi usaha dengan menanamkan modalnya di suatu negara tujuan investasi (*host country*). Tujuannya jelas adalah untuk menekan biaya produksi, karena dengan adanya tingkat upah yang lebih rendah untuk pekerjaan yang sama dibandingkan dengan upah buruh di negara lainnya, secara signifikan akan memaksimalkan *profit* perusahaan. Adapun negara-negara yang menjadi tujuan ekspansi itu umumnya adalah negara-negara ‘dunia ketiga’ atau negara berkembang.¹⁹²

Kedua, alasan datangnya modal asing ke suatu negara adalah dekat dengan sumber bahan mentah (bahan baku) produksi. Hal ini wajar, mengingat bahan mentah merupakan faktor yang sangat penting dalam proses produksi. Jauh dari sumber bahan mentah akan memakan biaya dan waktu yang lebih besar dibandingkan jika sumber bahan mentah tersebut dekat dengan tempat produksi.

Alasan *Ketiga* masuknya modal asing ke suatu negara adalah para investor menemukan pasar yang baru. Erman Radjagukguk, mengutip Michael Fairbanks dan Stacey Lindsay,¹⁹³ mengungkapkan bahwa terkait dengan pasar ini

¹⁹¹ hal. 1-11

¹⁹² hal. 1, pendapat beliau ini didasari pada tulisan peneliti sebelumnya, diantaranya John Robinson, *Aspects of Development and Underdevelopment*, (London: Cambridge University Press, 1979). Juga Brinley Thomas, *The Historical Record of International Capital Movements*, dalam John H. Dunning (Ed.), *International Investment*, Penguin Books, p.47

¹⁹³ hal. 5, dikutip dari Michael Fairbanks and Stacey Lindsay, *Memilih Kemakmuran : Agenda Untuk Membangkitkan Pasar*, (Jakarta: Jurnal Reformasi Ekonomi, 2000), hal. 47

terdapat 3 (tiga) alasan utama mengapa investor datang ke suatu negara, diantaranya : 1. Mengamankan komoditi ekspor dan mengambil keuntungan dari rendahnya upah buruh dalam menghasilkan produk-produk teknologi rendah. 2. Memperoleh akses terhadap pasar konsumen yang lebih besar. 3. Mengambil keuntungan dari struktur sosial, politik dan ekonomi yang unik yang tidak mudah ditiru oleh negara lain.

Alasan *Keempat*—menurut Erman—datangnya modal asing ke suatu negara adalah adanya royalti dan alih teknologi. Dalam hal ini negara investor akan mendapatkan keuntungan dari proses transfer teknologi melalui penjualan hak merek, paten, rahasia dagang, desain industri dan royalti dari hasil penjualan *Intellectual Property Rights* lainnya. Sedangkan bagi *host country* penerima investasi akan mendapatkan transfer teknologi yang meliputi transfer: 1). *product*, 2). *production process*, 3). *machinery*—dalam konteks investasi saat ini, termasuk dalam kategorisasi teknologi yaitu perangkat keras, mesin-mesin pabrik, perangkat lunak, dan lebih jauh lagi termasuk juga pelatihan manajemen dan teknik-teknik pemasaran.¹⁹⁴

Selanjutnya, alasan *Kelima* masuknya modal asing ke suatu negara adalah adanya keuntungan buat pihak investor dari penjualan bahan baku, terkait dengan belum mampunya negara-negara yang kaya bahan baku untuk mengolah bahan baku tersebut menjadi bahan jadi. Selain itu, penanaman modal asing juga memperoleh keuntungan dari penjualan suku cadang (*spare parts*)—biasanya terkait dengan investasi di bidang industri otomotif.¹⁹⁵

Alasan *Keenam* masuknya modal asing ke suatu negara juga terkait dengan insentif-insentif di bidang fiskal, misalnya *tax holiday*. Dalam hal ini Erman Radjagukguk mengutip beberapa pendapat berbeda mengenai pro dan kontra perlu tidaknya pemberlakuan *tax holiday* sebagai insentif penanaman modal asing di Indonesia.

¹⁹⁴ hal. 7. disarikan dari Edward K.Y. Chen and Teres Y.C. Wong, *Two Way FDI Between Hongkong and Mainland China*, dalam *Foreign Direct Investment in Asia*, 1995, hal.254

¹⁹⁵ hal. 8, disarikan dari F.H. Cardoso, *Associated-Dependent Development : Theoretical and Practical Implications*, dalam Suwarsono dan Alvin Y. So, *Perubahan Sosial dan Pembangunan*, (Jakarta: LP3ES, 1994), hal.133

Adapun alasan *Ketujuh* masuknya modal asing ke suatu negara, menurut Erman Radjagukguk adalah adanya status khusus negara-negara tertentu dalam perdagangan internasional. Dalam artian, negara-negara yang termasuk dalam status *General System of Preference—GSP* dari negara-negara maju, akan menjadi prioritas utama masuknya modal asing ke negara itu.

Dan seperti telah diketahui, dikarenakan buku ini diterbitkan sebelum keluarnya Putusan MKRI yang ‘mengoreksi’ beberapa ketentuan di dalam UUPM, maka peneliti berpendapat perlunya melakukan penelitian lanjutan berkenaan dengan ‘koreksi’ putusan MKRI terhadap UUPM. Termasuk implikasinya terhadap konstruksi hukum investasi di Indonesia, dengan menjadikan buku salah satu begawan Hukum Investasi Indonesia ini sebagai salah satu rujukan kepustakaan. Mengingat, selain sebagai ‘arsitek’ yang membidani lahirnya UUPM, penulis juga termasuk salah satu saksi ahli pemerintah dalam perkara *judicial review* UUPM yang digelar MKRI, dan tentu mengetahui serta memahami *philosophy* ketentuan-ketentuan di dalam UUPM itu sendiri.

Satu hal yang perlu dikritisi dan dikaji lebih jauh lagi terkait beberapa alasan datangnya investasi asing ke suatu negara yang diuraikan penulis sebelumnya menurut kami adalah alasan keempat, seputar adanya kepentingan untuk alih teknologi, yang memang sedikit banyak dibahas dalam tesis ini. Walaupun memang sangat disadari, penelitian tentang ini sudah seharusnya dilakukan pada ruang tersendiri lagi.

Adapun kritik kami adalah, suatu hal yang dapat diterima memang bahwa sebagai negara berkembang, alih teknologi ini diharapkan menjadi katalisator yang mempercepat akselerasi pembangunan nasional. Hanya saja, tidak jarang dalam praktek, proses alih teknologi ini tidak berjalan sebagaimana mestinya. Pada tataran teknis di lapangan, transfer teknologi ini hanya berkisar pada teknologi menengah dan standar, sedangkan transfer teknologi yang tergolong teknologi tinggi hampir tidak ada. Kalaupun ada, transfer teknologi tinggi itu selalu disertai dengan berbagai syarat yang ‘superketat’, dan terkesan *dirererve* atau diperlambat. Dan ini sudah seharusnya menjadi ‘PR’ yang mendesak untuk ditangani lebih serius oleh pemerintah, karena sudah merupakan

the real societal needs bangsa Indonesia untuk meng-*upgrade* kemampuan teknologinya, terutama yang bersifat teknologi tinggi.

Salah satu negara yang patut ditiru dalam proses alih teknologi ini adalah China, ‘Sang Naga Asia’. Untuk menggambarkan bagaimana berhasilnya ‘Negeri Tirai Bambu’ memanfaatkan proses alih teknologi untuk membangun negaranya ini, tidak ada salahnya jika sidang pembaca sedikit menyimak uraian Ary Mochtar Pedju¹⁹⁶ lebih jauh mengenai hal ini, sebagai berikut :

“China, dengan jelas memperlihatkan usaha memprioritaskan kecerdasan berbagai kelompok/organisasi masyarakat. Partai politiknya memiliki slogan *marching towards science*. Institusi hukum menciptakan undang-undang khusus dengan tujuan mempromosikan sains dan teknologi sampai ke tingkat desa: *Science & Technology Popularization Law of the People’s Republic of China*, sebuah jenis undang-undang satu-satunya dan pertama di dunia.”¹⁹⁷

Kelompok pendidikan memiliki tekad yang tegas dalam usaha mengembangkan kemampuan inovasi teknologi yang terkait langsung dengan kegiatan pembangunan yang sedang dan akan berlangsung dalam masyarakat (contoh S&T dalam bendungan Yangtze Kelompok ekonomi sangat sadar akan proses alih teknologi dan alih keterampilan melalui investasi ekonomi besar-besaran dalam wilayah *Special Economic Zone (SEZ)* dengan program penyerapan teknologi yang terkandung dalam semua jenis investasi. Salah satu contoh kongkrit adanya proses alih teknologi di China, adalah dengan dibangunnya mega proyek bendungan sungai Yang Tze, yang saat ini ‘didaulat’ sebagai bendungan terbesar dan terancang di dunia!”¹⁹⁸

Proyek yang melibatkan 300 (tiga ratus) orang ahli dari berbagai disiplin ilmu dari berbagai lembaga pendidikan berkelas dari seluruh dunia, *plus* perusahaan-perusahaan *Multinational Enterprises (MNEs)*—meminjam istilah

¹⁹⁶ Ary Mochtar Pedju, *Perencanaan Strategis Piramida Kemakmuran Indonesia dan Peranan Akademi Ilmu Pengetahuan Indonesia (AIPi)* (makalah yang disampaikan pada Kongres Akademi Ilmu Pengetahuan Indonesia—AIPi), Hotel Borobudur - Jakarta, Rabu, 18 Juli 2007. hal. 7-9

¹⁹⁷ Sebagai pembandingan lihat juga Ke Yan, *Science & Technology in China—Reform and Development*, (China: China Intercontinental Press, 2004), hal.57-61

¹⁹⁸ Sebagai pembandingan, lihat juga Ke Yan, *ibid.*

Muchlinski—ini, merupakan salah satu ‘batu loncatan’ bagi negeri ‘Tembok Raksasa’ ini untuk menguasai teknologi tinggi di bidang infrastruktur, manufaktur dan enjinering yang terkait dalam pembuatan bendungan raksasa berkelas dunia. Dan mega proyek ini jugalah, salah satu *pioneer* bangkitnya Negeri Kungfu ini, menjadi sebagai salah satu raksasa asia di samping India saat ini.”

Ary Mochtar Pedju menambahkan, bahwa Pemerintah China memiliki organisasi pengelolaan usaha popularisasi sains dan teknologi terkoordinasi antar-departemen. Misi pembangunan China untuk menciptakan *scientific culture* diselenggarakan dengan mengedepankan peranan Menteri Kebudayaan, yang sekaligus menjadi koordinatornya. Menteri ini mengkoordinasikan menteri sains dan teknologi (Menteri Riset dan Teknologi dalam konteks Indonesia), Menteri Pendidikan, Menteri Kesehatan dan Menteri Pertanian. Dan juga melibatkan berbagai organisasi masyarakat: pemuda, wanita, remaja, kaum profesional, ilmuwan (Akademi Ilmu Pengetahuan, Akademi Enjinering, Asosiasi Sains dan Teknologi China, dll) serta berbagai organisasi lain, dalam usaha promosi sains dan teknologi.¹⁹⁹

Ary melanjutkan, “Di samping itu, China memiliki Rencana Sistem Inovasi Nasional yang disiapkan oleh Akademi Ilmu Pengetahuan China (*The Chinese Academy of Sciences*). China dilengkapi dengan tekad mengembalikan kebanggaan yang pernah dimiliki sepanjang 1000 tahun dalam sejarah, (hingga tahun 1500), sebagai super power teknologi dunia. (Sebagai catatan, “Eropa mulai menjajah Asia sesudah tahun 1500-an, dengan bersenjatakan inovasi teknologi China, seperti kompas, amunisi, mesin cetak. *Last but not least*, pemimpin, filsuf, entrepreneur/system builder legendaris abad modern China adalah Deng Xiaoping yang dikenal dengan ucapannya: “*Bila China ingin memodernisasikan pertanian, industri dan pertahanan, maka yang harus dimodernisasikan terlebih dahulu adalah sains dan teknologi dan menjadikannya kekuatan produktif.*”

“China berpendapat dengan *road map* “mencerdaskan kehidupan bangsa”, maka rakyatnya tidak akan miskin (ekonomi), tidak akan kacau (politik) dan tidak akan lemah (militer). China bahkan telah mengembangkan dan berhasil

¹⁹⁹ Bandingkan dengan Ke Yan, *ibid.* hal 15-21, hal.159-163

dalam bidang teknologi tinggi, antara lain teknologi ruang angkasa yang belum lama ini berhasil meluncurkan pesawat ulang-alik angkasa tanpa awak. Sehingga adalah suatu kejayaan jika para ahli meramalkan bahwa China (dan India) akan bangkit pada abad 21 ini dan akan mematahkan dominasi ekonomi Barat yang telah berumur setengah milenium itu. Malahan, sangat mungkin kedua negara berkembang ini akan segera mengubah masyarakat dan perpolitikan dunia,” lanjut Ary.

Terlepas dari *performance* negeri tirai bambu itu, satu hal yang dapat ditiru disini menurut peneliti, adalah adanya kemauan dari para *stakeholder* di China yang bersungguh-sungguh—tidak sekedar ‘lipstik pemerah bibir’—untuk menjadikan proses alih teknologi lewat jalur investasi sebagai salah satu *track* menjadikannya sebagai negara superpower baru di kawasan Asia bahkan tidak menutup kemungkinan menjadi salah satu negara superpower dunia.

Peneliti agak panjang menguraikan masalah alih teknologi ini disertai dengan contoh China, dengan maksud agar pemerintah Indonesia dapat menjadikannya semacam standar rujukan bahwa alih teknologi yang diharapkan dari kegiatan investasi di Indonesia seharusnya bisa seperti China. Apalagi dari segi sumber daya manusia dan sumber daya alam, Indonesia tidak kalah dari China yang sama-sama ‘orang’ Asia.

Masalahnya, kapan Indonesia punya pemimpin yang memiliki tiga kualitas model Warren Edward Buffet—Investor sukses yang ‘santun’ dari Ohama, Amerika Serikat—yang mengatakan : “*In evaluating people, you look for three qualities: Integrity, Intelligence, and energy. But if you don’t have the first, the other two will kill you.*” Dengan kata lain, kapan Indonesia memiliki pemimpin yang punya *taste* untuk berani dan konsisten seperti Deng Xiaoping, menghadapi dominasi modal asing. Di satu pihak, memberikan kenyamanan berinvestasi kepada para investor asing. Dan di sisi lain, tegas dan berani menindak investor-investor nakal, yang merugikan atau berpotensi merusak perekonomian nasional.

Selanjutnya, Pada Bab II buku ini, penulis membahas mengenai mengapa indonesia memerlukan modal asing. Menurutnya, alasan pertama suatu

negara mengundang modal adalah untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi (*economic growth*), guna memperluas lapangan kerja. Kemudian dengan masuknya modal asing, tujuan-tujuan lain ingin dicapai seperti mengembangkan industri substitusi import untuk menghemat devisa, mendorong ekspor nonmigas untuk menghasilkan devisa, alih teknologi, membangun infrastruktur/ prasarana dan mengembangkan daerah tertinggal.²⁰⁰

Dari segi pertumbuhan ekonomi, menurut penulis, dengan perkiraan pertumbuhan sebesar 6 % di tahun 2007 saja, setidaknya diperlukan total investasi senilai Rp. 989 triliun. Selanjutnya, dengan asumsi tinggi pertumbuhan sekitar 6,6 % sampai dengan 7 % untuk periode tahun 2008, setidaknya Indonesia membutuhkan investasi senilai RP. 1000 triliun. Oleh karena itu, mau tidak mau, suka tidak suka, masuknya modal asing ke Indonesia memang sudah merupakan sesuatu yang perlu mendapat perhatian lebih—untuk tidak dibilang mendesak diupayakan.

Dari segi lapangan kerja, sejak krisis perbankan tahun 1997 yang kemudian berkembang menjadi krisis ekonomi, jumlah pengangguran usia kerja meningkat tinggi. Bahkan menurut *Center for Labor and Development Studies* (CLDS), jumlah pengangguran pada tahun 2002 (data terakhir pada saat pembuatan buku ini), saja sudah pada tahap mengkhawatirkan karena jumlahnya mencapai 42 juta jiwa. Dan dengan pertumbuhan ekonomi Indonesia yang hanya 3,5 % (pada tahun 2002), tidak bisa menyediakan kebutuhan lapangan kerja.

Oleh karena itu, menurut penulis, pertumbuhan angka investasi jelas akan mempengaruhi pertumbuhan ekonomi dan selanjutnya mempengaruhi jumlah pengangguran serta perputaran roda ekonomi. Jika tidak ada perkembangan ekonomi yang optimal, maka akan memicu terjadinya ledakan pengangguran yang akan menciptakan permasalahan sosial memperburuk stabilitas keamanan maupun politik. Dan gejolak sosial politik itu pada gilirannya akan mengganggu pertumbuhan ekonomi itu sendiri.

Selanjutnya, terkait dengan kegiatan untuk mengembangkan industri substitusi impor untuk menghemat devisa, penulis mengungkapkan bahwa,

²⁰⁰ hal. 13-26

dengan bergairahnya kembali iklim investasi asing pasca diberlakukannya Undang-Undang Penanaman Modal [yang lama], yaitu UU No. 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing, pemerintah telah mengembangkan industri substitusi impor untuk menghemat devisa. Upaya ini membuat perusahaan-perusahaan asing di Indonesia memproduksi barang-barang yang sebelumnya diimpor. Diharapkan dengan berkurangnya impor ini akan menghemat devisa nasional. Oleh karena itu itulah investasi—dalam hal ini investasi di bidang industri substitusi impor—diperlukan untuk masuk ke Indonesia.

Di samping itu, masuknya modal asing ke Indonesia juga untuk mendorong berkembangnya industri barang-barang ekspor nonmigas untuk mendapatkan devisa. Beberapa *supporting idea* yang mendukung pendapat ini menurut penulis antara lain :

Pertama, dalam lima tahun terakhir mulai tahun 1997 sampai 2001, kegiatan ekspor nonmigas mengalami fluktuasi. Pada tahun 1997-1998 nilai ekspor nonmigas menurun sampai 3,65 % dan pada tahun 1999 menurun sampai 4,57 %. Ekspor nonmigas mengalami kenaikan sebesar 22,92 % terjadi pada tahun 2000, namun kembali turun sebesar 8,99 % pada tahun 2001.

Kedua, terdapat beberapa faktor yang menyebabkan terpuruknya nilai ekspor Indonesia diantaranya : 1). Rendahnya harga komoditas migas; 2). Rendahnya nilai tukar rupiah dan tingginya tingkat suku bunga. 3). Rendahnya produksi sektor riil, 4). Melemahnya daya saing komoditas tradisional seperti pakaian jadi, sepatu, kayu lapis dan karet yang telah diolah, 5). Pasar domestik tidak tumbuh sementara pasar internasional ambruk akibat jatuhnya ekonomi global. Dan dengan adanya investasi, diharapkan akan mampu mengatasi masalah-masalah ini.

Ketiga, untuk menutup defisit transaksi berjalan, pemerintah harus memacu nilai ekspor baik migas maupun nonmigas yang pada prakteknya justru cenderung terus menurun. Belum lagi ditambah dengan masalah-masalah lainnya seperti likuiditas mata uang asing, penegakan hukum yang lemah, kurangnya jaminan keamanan serta terlalu seringnya frekuensi perubahan kebijakan oleh pemerintah.

Oleh karena itu, penulis menyarankan agar Indonesia memperbaiki berbagai hambatan-hambatan dalam ekspor dan mencari pasar alternatif untuk memasarkan produk ekspor. Salah satu strategi yang dapat ditempuh untuk mendorong kinerja ekspor dapat dilakukan dengan memberikan paket stimulus pada sektor elektronik dan sektor nonmigas lainnya. Selain itu pemerintah harus mampu menciptakan usaha yang sehat dan menciptakan mekanisme yang efektif serta iklim yang kompetitif. Kalimat kunci yang hendak disampaikan penulis disini menurut kami adalah 'Perbaikan Iklim Usaha', yang tentu saja mengarah pada keinginan kepada pemerintah untuk memberikan 'ruang' yang lebih kepada investor dalam kegiatan investasinya.

Adapun terkait dengan pembangunan daerah-daerah tertinggal di Indonesia, penulis berpendapat investasi asing diharapkan sebagai salah satu sumber pembiayaan dalam pembangunan yang dapat digunakan untuk membangun infrastruktur di daerah-daerah tertinggal, seperti pelabuhan, perhubungan udara—terutama bandar udara perintis, air minum, listrik, sarana transportasi darat termasuk jembatan dan sarana penunjang lainnya. Pembangunan ini bertujuan untuk mempercepat pembangunan di daerah-daerah tertinggal tersebut.

Selanjutnya, sebagaimana telah diuraikan pada bab I buku ini, penulis berpendapat bahwa penanaman modal asing juga diharapkan akan dapat mewujudkan alih teknologi dan peningkatan ilmu pengetahuan. Karena—menurutnya—kelemahan negara berkembang dalam bidang teknologi akan sangat mempengaruhi proses transformasi dari agraris menuju industrialisasi. Dalam hal ini penulis berkeyakinan bahwa bagi Indonesia, investasi asing mempunyai peranan yang sangat signifikan dalam proses industrialisasi dan alih teknologi.

Tetapi tentu saja, kami—peneliti—berpendapat proses alih teknologi dan ilmu pengetahuan ini harus benar-benar dilakukan dengan penuh kesadaran oleh investor asing. Jangan sampai alih teknologi dan ilmu pengetahuan ini hanya bersifat formalitas yang pada tataran praktis tidak pernah dilakukan. Dan sudah seharusnya menurut peneliti, pemerintah juga perlu melakukan pengawasan

terhadap masalah ini, dan kalau perlu ada sanksi yang sesuai jika ternyata di kemudian hari investor tidak memenuhi kriteria ini.

Selanjutnya pada Bab III buku ini, dijelaskan syarat-syarat untuk menarik modal asing ke suatu negara. Syarat-syarat itu menurut penulis diantaranya²⁰¹ :

Pertama, adalah syarat adanya keuntungan ekonomi (*Economic Opportunity*), yaitu variabel-variabel yang secara ekonomi menguntungkan investor, seperti : dekat dengan sumber daya alam, tersedianya bahan baku, tersedianya lokasi untuk mendirikan pabrik yang cukup, tersedianya tenaga kerja yang murah, dan pasar yang prospektif. Dan Indonesia, termasuk negara yang memiliki potensi-potensi ini.

Kedua, adalah syarat adanya stabilitas politik (*Political Stability*). Menurut penulis, terjadinya konflik elit politik, atau konflik masyarakat akan berpengaruh terhadap iklim investasi. Penanam modal asing akan datang dan mengembangkan usahanya jika *host country* yang menjadi tujuan investasinya adalah negara yang terbangun proses stabilitas politik dan proses demokrasi yang konstitusional. Memburuknya iklim investasi, meningkatnya *country risk*, dan belum mantapnya kondisi sosial politik negara tujuan investasi, mempunyai pengaruh yang signifikan terhadap arus modal.

Ketiga, adalah syarat adanya kepastian hukum (*Legal Certainty*). Penulis menguraikan bahwa untuk mewujudkan sistem hukum yang mampu mendukung iklim investasi, diperlukan aturan yang jelas mulai dari izin untuk usaha sampai dengan biaya-biaya yang harus dikeluarkan untuk mengoperasikan perusahaan. Dan kata kunci untuk mencapai kondisi ini adalah adanya penegakan supremasi hukum (*rule of law*), yang menurut Presiden Direktur Grant Thornton (GTI), James Kallman sebagai ‘insentif yang paling menarik’ untuk menarik kegiatan investasi asing.

Di samping itu, pembahasan tentang hubungan hukum dengan investasi pada era reformasi ini, berkisar pada masalah bagaimana menciptakan hukum

²⁰¹ hal. 27-39

yang mampu memulihkan kepercayaan investor asing untuk kembali menanamkan modalnya di Indonesia dengan menciptakan ‘certainty’ (kepastian), ‘fairness’ (keadilan) dan ‘efficiency’ (efisien). Bahkan berkenaan dengan *Legal Certainty* ini, dengan mengutip pendapat Daniel S. Lev,²⁰² seorang profesor ilmu politik dari Universitas Washington, Seattle-USA dan juga pakar ke-Indonesia-an, penulis menyatakan bahwa, “*kepastian hukum merupakan sine qua non dalam pembangunan ekonomi, karena tanpa proses hukum yang efektif perbaikan ekonomi dan politik sulit terjadi*”.

Selanjutnya, mengenai syarat adanya kepastian hukum (*Legal Certainty*) ini penulis menguraikan dalam tiga paradigma elemen hukum, yaitu: a). *Aspek substansi hukum*, yang menurut penulis sudah saatnya dilakukan perubahan, karena pengaturan kegiatan investasi berdasarkan UU No. 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (UU PMA) sudah tidak sesuai dengan tuntutan saat ini. Belum lagi, peraturan perundang-undangan di bidang investasi selama kurun waktu terakhir ini (sebelum keluarnya UU PM yang baru), belum mampu mencerminkan aspek kepastian hukum dan cenderung memberatkan investor;

b). *Aparatur hukum*, dalam hal ini, aparat yang meliputi badan eksekutif, legislatif dan yudikatif sangat berperan besar dalam menarik investor atau menciptakan iklim yang kondusif untuk berinvestasi. Integritas aparat hukum yang lemah seringkali menyebabkan kerugian negara dan sikap apriori dari para investor untuk bisa ‘percaya’ adanya kepastian hukum di Indonesia. Sebagai salah satu bukti yang mendukung *statement*-nya, penulis mengungkapkan hasil penelitian yang dilakukan oleh Mc Kinsey and Company, terhadap peringkat pelaksanaan *good corporate governance* yang melibatkan padar investor di Asia, Eropa dan Amerika sebagai koresponden. Penelitian itu menyebutkan bahwa dari 5 (lima) negara—*host country*—di Asia, Indonesia menempati peringkat terendah dalam pelaksanaan *good corporate governance*. Padahal menurut Amien Rais—mantan ketua MPR RI dan salah satu tokoh reformasi Indonesia—kalau Indonesia

²⁰² Daniel S. Lev (lahir 23 Oktober 1933 di Youngstown, Ohio, meninggal dunia 29 Juli 2006 di Seattle, Washington, AS) adalah salah seorang Indonesianis dan profesor ilmu politik paling terkemuka dengan perhatian khusus pada Indonesia, khususnya pada masa pembentukan Demokrasi Terpimpin di bawah Presiden Sukarno pada 1957-1959. Prof. Lev banyak berjasa mendidik para ahli hukum dan politik Indonesia. (http://id.wikipedia.org/wiki/Daniel_Lev)

(baca: aparat hukumnya) jauh dari KKN, maka investor akan datang berduyun-duyun ke Indonesia.

c). *Budaya hukum*, yaitu persepsi atau pandangan masyarakat terhadap sistem hukum. Pada saat ini, menurut penulis, budaya hukum (*legal culture*) di Indonesia belum mampu terbangun dengan baik. Rendahnya kualitas budaya hukum tersebut sangat dipengaruhi oleh tingkat pemahaman masyarakat terhadap hukum yang sangat beragam. Dan salah satu faktor yang mempengaruhi budaya hukum adalah perilaku para pengusaha atau investor.

Selanjutnya pada Bab IV buku ini, penulis menguraikan—tentu saja secara mendetail dan menurut kami sangat substansial serta komprehensif—tentang ‘pesan-pesan’ apa yang sebenarnya hendak disampaikan oleh Undang-Undang No. 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM) ini. Uraian ini bersifat sangat teknis dan dibagi menjadi beberapa bagian penting, yaitu :

- 1). Definisi, yang menjelaskan definisi dari istilah-istilah yang digunakan di dalam peraturan perundang-undangan;
- 2). Azas dan Tujuan UUPM;
- 3). Kebijakan Dasar Penanaman Modal;
- 4). Bentuk Badan Usaha dan Kedudukan;
- 5). Perlakuan Terhadap Penanaman Modal;
- 4). Nasionalisasi;
- 5). Pengalihan Aset, Transfer dan Repratiasi;
- 6). Ketenagkerjaan;
- 7). Bidang Usaha;
- 8). Pengembangan Penanaman Modal Bagi Usaha Mikro, Kecil, Menengah dan Koperasi;
- 9). Hak, Kewajiban dan Tanggung Jawab Penanaman Modal;
- 10). Fasilitas Penanam Modal;
- 11). Hak Atas Tanah;²⁰³
- 12). Hak-hak Atas Tanah Bagi Investor Dalam UUPA;
- 13). Keimigrasian Dan Izin Tempat Tinggal;
- 14). Fasilitas Izin Impor;
- 15). Pengesahan dan Perizinan Perusahaan;
- 16). Koordinasi dan Pelaksanaan Kebijakan Penanam Modal;
- 17). Penyelenggaraan Urusan Penanaman Modal;
- 18). Kawasan Ekonomi Khusus;
- 19). Penyelesaian Sengketa,

²⁰³ Khususnya pengaturan mengenai hak atas tanah bagi kepentingan investor ini, penulis buku hendak menyatakan bahwa pengaturan hak atas tanah di dalam UUPA tahun 1960 adalah anti modal asing yang muncul sebagai bagian dari kebijakan restriktif Soekarno yang saat itu menjabat sebagai Presiden RI terhadap modal asing. Sedangkan kita tahu bersama bahwa, putusan *judicial review* UUPM oleh MKRI pada akhirnya menyatakan bahwa ketentuan mengenai hak atas tanah ini ‘dikembalikan’ pada ketentuan yang diatur oleh UUPA tahun 1960. Hal inilah yang juga merupakan alasan bagi peneliti untuk melakukan penelitian lanjutan, yang akan melihat lebih jauh lagi alasan-alasan hukum (*legal determinants*) apa yang dijadikan bahan pertimbangan MKRI dalam masalah itu. Artinya, peneliti bertujuan menjadikan tesis ini sebagai ‘jembatan’ informasi yang nantinya akan memberikan penjelasan ilmiah kepada sidang pembaca mengenai hal tersebut.

Khusus mengenai penyelesaian sengketa ini, penulis secara panjang lebar menguraikan beberapa hal mendasar dalam penyelesaian sengketa ini, seperti : masalah sengketa antara investor asing dan partner lokal, permohonan pelaksanaan putusan arbitrase luar negeri, pelaksanaan keputusan arbitrase luar negeri dan ketertiban umum, beberapa contoh studi kasus sengketa dalam kegiatan investasi diantaranya sengketa Karaha Bodas v. Pertamina dan PLN, Sengketa Antara Investor Asing dengan Pemerintah (Amco Asia Corporation et. al. v. The Republic of Indonesia No.ARB/81/8, 17 Oktober 1990. Ada juga sengketa antara Pemerintah RI v. Cemex tentang pengalihan saham PT. Semen Gresik. Di samping itu, juga ada kasus sengketa antara Pemerintah Daerah Kalimantan Timur v. PT. Kaltim Prima Coal terkait kasus divestasi saham).

Setelah itu, pada bab IV ini juga, penulis menguraikan bagian lain dari UUPM terkait dengan : 20). Sanksi; 21). Ketentuan Peralihan; dan Ketentuan Penutup

Adapun pada Bab V dan Bab VI, penulis menjelaskan masalah-masalah yang terkait dengan perjanjian 'Joint Venture' termasuk perusahaan-perusahaan Joint Venture dengan segala bentuk dan modelnya. Dan bagian ini menurut kami tidak perlu dibahas disini, karena relevansinya sangat jauh.

Begitu juga dengan Bab VII yang membicarakan tentang *multilateral* dan *bilateral investment guarantee agreement* dalam penanaman modal asing. Uraian ini didasarkan pada asumsi penulis, mengenai adanya kekhawatiran dari negara-negara investor terhadap kerugian yang mungkin dideritanya dari kegiatan investasi yang dijalankannya di negara tujuan investasi. Di dalam bab ini diuraikan apa yang dikenal dengan MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*) yang dibentuk oleh *World Bank* (Bank Dunia) pada tahun 1985. selanjutnya, terkait dengan bilateral agreemen, penulis menguraikan tentang *guarantee agreement* dalam bidang investasi asing ini antara pemerintah Amerika Serikat dengan RRC. Tetapi menurut peneliti, uraian pada bab ini, kurang memiliki relevansi dengan pembahasan dalam tesis ini.

Adapun pada Bab VIII, yang membahas tentang GATT/WTO, APEC dan Investasi Asing, walaupun memang kurang memiliki relevansi dengan

penelitian yang kami buat, tetapi uraiannya dapat dijadikan sebagai salah satu referensi untuk menambah wawasan peneliti.

3.2 Suparji. *Penanaman Modal Asing Di Indonesia, Insentif v. Pembatasan*. Buku ini diterbitkan oleh Universitas Al Azhar Indonesia, Fakultas Hukum, Jakarta : 2008.

Sebagaimana pengakuan penulis sendiri di dalam Kata Pengantar, buku ini merupakan hasil dari penelitian penulis yang menjadi disertasi pada Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, dengan promotornya adalah Prof. Erman Radjagukguk, SH. LL.M., Ph.D.

Sebagaimana yang ada pada buku-buku yang membahas tentang Hukum Investasi di Indonesia pada umumnya, buku ini pun menguraikan tentang penanaman modal asing di Indonesia, termasuk faktor-faktor yang mempengaruhi investasi. Dan pembahasan dalam buku ini, oleh penulis dibagi dalam 5 (lima) bab.

Khususnya pembahasan pada bab I dan II, peneliti berpendapat pembahasan di dalamnya tidak berbeda jauh dengan pembahasan pada kebanyakan referensi tentang Hukum Investasi di Indonesia, yang dibagi dalam dua periode, yaitu : 1). Periode investasi antara tahun 1967 (sejak diberlakukannya Undang-Undang Nomor 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing—UUPMA) sampai dengan tahun 1997 (tahun yang menandai munculnya reformasi di Indonesia setelah didera krisis ekonomi yang berimbas pada krisis multidimensi), dan 2). Periode pasca krisis sampai dengan keluarnya Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM).

Pada Bab III, penulis menguraikan faktor-faktor yang mempengaruhi ‘performa’ investasi di Indonesia setelah krisis ekonomi (1997-2007). Dalam uraiannya, penulis menggunakan 3 (tiga) syarat untuk menarik modal asing ke suatu negara—*Political Stability, Economic Opportunity dan Legal Certainty*—sebagai paradigma untuk menjelaskan secara detail faktor-faktor tersebut.²⁰⁴

²⁰⁴ Sebagaimana juga di dalam Erman Radjagukguk, (Op. Cit.)

Terkait dengan *Political Stability*, penulis menyatakan bahwa faktor terpenting yang mempengaruhi investasi di Indonesia, yaitu : 1). Instabilitas pemerintahan yang tidak tercipta karena ‘desakan’ *euphoria* reformasi dari berbagai elemen masyarakat. 2). Tidak berimbangnya keuangan pusat dan daerah dalam hal ‘bagi-bagi kue investasi’, sebagai akibat otonomi daerah yang ‘setengah hati’. Selanjutnya penulis menjelaskan bahwa, efek dari ketidakberimbangan ‘profit’ antara pusat dan daerah inilah yang menjadi pemicu munculnya gerakan-gerakan separatis di daerah yang menuntut dan memperjuangkan ‘pemisahan diri’ dari Negara Republik Indonesia. Dan tentu saja, kondisi ini oleh para investor dianggap mengancam kegiatan investasinya, terutama yang kegiatan usahanya terdapat di daerah-daerah konflik. 3). Ketidakpuasan sosial, yang menurut penulis tampak dari beberapa kondisi, diantaranya :

Pertama, adanya *Market Dominant Minority (MDM)*, yaitu penguasaan pasar oleh etnis minoritas bersama-sama dengan investor asing dalam wilayah mayoritas penduduk pribumi; *Kedua*, ancaman *sweeping* terhadap warga Amerika Serikat dan negara-negara yang dipersonifikasikan sebagai ‘negara barat’, sebagai imbas dari kebijakan politik Amerika Serikat dan sekutunya yang dianggap merugikan kepentingan nasional Indonesia atau melecehkan ideologi suatu suku/agama mayoritas di Indonesia; dan *Ketiga*, ancaman aksi-aksi anarkis massa yang secara langsung atau tidak langsung mengancam kelangsungan usaha dari perusahaan-perusahaan investasi. Khususnya dalam masalah ini, penulis memaparkan data dari *World Economic Forum (2007)*, yang menempatkan Indonesia pada peringkat ke-93 sebagai salah satu negara yang paling buruk perlindungan terhadap bisnis oleh pihak kepolisian, jauh di bawah Singapura dan Hongkong yang masing-masing di posisi ke-4 dan ke-7.

Selanjutnya terkait dengan *Economic Opportunity*, penulis berpendapat bahwa sejak terjadinya krisis ekonomi, syarat ini belum mampu merangsang investasi. Hal ini menurutnya terlihat dari : *Pertama*, sistem ketenaga-kerjaan yang tidak mendukung iklim investasi; *Kedua*, sistem fiskal (perpajakan) yang tidak kompetitif, serta *Ketiga*, buruknya sarana dan prasarana pendukung kegiatan investasi.

Adapun berkenaan dengan *Legal Certainty*, pada prinsipnya, pendapat penulis tidak berbeda jauh dengan yang ada di dalam kepustakaan sebelumnya (Erman Radjagukguk, *Hukum Investasi Di Indonesia, Anatomi Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*, dengan Penerbit Fakultas Hukum Al Azhar Indonesia, Jakarta: 2007), hanya saja di dalam bukunya ini, Suparji mencoba menjelaskan elemen-elemen dari sistem hukum—*substance*, *structure* dan *legal culture*—itu secara lebih mendetail dan per kategori yang didasarkan pada penelitiannya.

Misalnya ketika menjelaskan tentang kurang sinkronnya peraturan perundang-undangan yang mengatur kegiatan investasi—aspek *substance*—di dalam bukunya ini, penulis memberikan beberapa contoh kongkrit peraturan perundang-undangan yang tumpah tindih, yang bermuara pada inkonsistensi standar aturan, peristilahan bahkan substansi peraturan perundang-undangan itu sendiri. Dan hal inilah, yang menjadi salah satu sebab utama *unpredictable*-nya hukum—terutama hukum investasi—di Indonesia, sehingga di tangan oknum aparat hukum yang korup, hukum itu mudah ‘dipreteli’ semauanya karena sifatnya yang *floatism*.²⁰⁵

Menyambung uraian di atas, penulis berpendapat, bahwa sejak terjadi krisis ekonomi,²⁰⁶ sistem hukum Indonesia tidak mampu menciptakan *predictability*, *stability* dan *fairness*.²⁰⁷ Hal ini—menurutnya—terlihat dari substansi peraturan perundang-undangan yang tidak sinkron, aparatur penegak hukum yang tidak mendukung perbaikan iklim investasi dan kualitas budaya hukum yang rendah.²⁰⁸

²⁰⁵ Lihat pembahasan pada hal.146-151 dalam Suparji, Op.Cit.

²⁰⁶ Pernyataan ini menurut kami sangat sumir dan kurang bisa dipertanggungjawabkan. Alasannya, pertanyaan yang akan timbul kemudian adalah, apakah sebelum krisis dan sesudah krisis ekonomi berlalu, Indonesia sudah mampu menciptakan ketiga kondisi ini? Hal inilah yang akan berusaha dijawab dalam penelitian lanjutan yang dituangkan dalam tesis kami kali ini.

²⁰⁷ Ketiga kondisi—kualitas; istilah yang dipakai Leonard J. Theberge—sebenarnya adalah bagian dari 5 (lima) kualitas yang menjadi syarat bagi institusi hukum untuk menjadi ‘leader’ dalam pembangunan ekonomi suatu negara. Dan inilah yang hendak dijelaskan dalam tesis kami, termasuk hubungannya dengan implikasi hukum keluarnya putusan MKRI tentang judicial review UUPM

²⁰⁸ Lihat hal.146

Bagian yang menjadi konsentrasi peneliti karena relevansinya yang sangat dekat dengan penelitian dalam tesis ini, adalah Bab IV. Di dalam bab ini, penulis menguraikan hal-hal yang terkait erat dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM).

Pada bab ini, penulis menguraikan tentang susbtansi baru, insentif dan pembatasan dalam Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM). Substansi baru dalam penanaman modal asing pasca UUPM diberlakukan, menurut penulis diantaranya : 1), perlakuan yang sama terhadap penanam modal asing dan dalam negeri yang didasarkan pada prinsip '*National Treatment*', sebagaimana diatur dalam Pasal 6 UUPM; 2). Tanggung jawab penanam modal, sebagaimana diatur dalam Pasal 16 UUPM; 3). Sanksi bagi penanam modal, sebagaimana diatur di dalam Pasal 33 UUPM.

Adapun insentif dalam UUPM antara lain : a). Insentif di bidang fiskal (perpajakan), sebagaimana diatur di dalam Pasal 18 UUPM; b). Transfer aset dan repatriasi, sebagaimana diatur dalam Pasal 8 UUPM; c). Jaminan tidak akan dilakukannya tindakan nasionalisasi, sebagaimana diatur dalam Pasal 7 UUPM; d). Penyelesaian sengketa melalui arbitrase, sebagaimana diatur dalam Pasal 32 UUPM; e). Fasilitas keimigrasian untuk penanam modal asing, sebagaimana diatur dalam Pasal 23 UUPM; f). Hak Atas Tanah, sebagaimana diatur di dalam Pasal 21 jo. 22 UUPM, yang dengan keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian (*Judicial Review*) UU Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal itu, ketentuan ini dinyatakan ***tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat***, karena bertentangan dengan UUD 1945.

Selanjutnya, mengenai ketentuan hak atas tanah ini, pada bab yang sama juga penulis menguraikan beberapa pertimbangan (alasan) MKRI yang mendasari putusan itu. Akan tetapi menurut kami, pertimbangan-pertimbangan ini terlalu sederhana sehingga perlu dikaji dan ditelaah lebih jauh lagi dalam suatu penelitian lanjutan. Sebagaimana diketahui, Suparji hanya melihat alasan (pertimbangan) yang mendasari putusan MKRI itu secara *letterlijk* (apa yang tertulis/ atau apa yang dinyatakan secara eksplisit) dalam putusan itu. Padahal menurut kami, faktor hukum atau non-hukum yang tidak secara eksplisit dinyatakan dalam putusan,

bisa saja dijadikan sebagai dasar pertimbangan putusan MKRI tersebut. Dan inilah salah satu tujuan dari penelitian lanjutan yang dituangkan dalam tesis ini.

g). Insentif lainnya bagi kegiatan investasi asing di Indonesia adalah terbukanya lebih banyak bidang usaha untuk ekspansi kegiatan penanaman modal bagi investor asing.

Di samping itu, terdapat juga insentif lainnya yang diatur di dalam UUPM, tetapi 'luput' dari perhatian penulis, diantaranya : h). Opsi penanaman modal dalam bentuk Perseroan Terbatas (Pasal 5 ayat 3 UUPM); i). Perlakuan yang sama (Pasal 6 ayat 1 UUPM). Bahkan, untuk penanam modal asing diistimewakan jika sebelumnya pihak Pemerintah RI terikat suatu klausul perjanjian yang menyatakan adanya 'hak istimewa' suatu negara asing. (Pasal 6 ayat 2 UUPM). Ingat kasus PT. Newmont Minahasa Raya (PT.NMR) v. Pemerintah Republik Indonesia (yang diwakili oleh Departemen Kementerian Lingkungan Hidup)?; j). Keleluasaan untuk menggunakan tenaga ahli warga negara asing untuk jabatan dan keahlian tertentu. (Pasal 10 ayat 2 UUPM);

k). Setiap penanam modal juga berhak mendapat :

- a. kepastian hak, hukum, dan perlindungan;
- b. informasi yang terbuka mengenai bidang usaha yang dijalankannya;
- c. hak pelayanan; dan
- d. berbagai bentuk fasilitas kemudahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. (Pasal 14 UUPM)

l). Pelayanan terpadu satu pintu bertujuan membantu penanam modal dalam memperoleh kemudahan pelayanan, fasilitas fiskal, dan informasi mengenai penanaman modal, menurut kami juga adalah merupakan salah satu insentif 'tidak langsung' karena akan mempermudah penanam modal asing melakukan pengurusan segala administrasi kegiatan usahanya di Indonesia sehingga lebih efektif dan efisien dari segi biaya, waktu dan masalah teknis lainnya. (Pasal 25 ayat 5 dan Pasal 26 UUPM); m). Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak.(Pasal 32 ayat 4 UUPM). Hal ini merupakan

insentif, karena sudah merupakan rahasia umum, bahwa lembaga peradilan Indonesia—di mata dunia internasional—dianggap ‘*incredible*’.

Dan umumnya penanam modal asing lebih menyukai penyelesaian sengketa melalui alternative penyelesaian sengketa lewat arbitrase—apalagi arbitrase internasional—yang dianggapnya ‘lebih profesional’ dan ‘predictable’. Dalam hal ini, penulis berpendapat bahwa kemungkinan besar sengketa ini akan diselesaikan melalui *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, karena Indonesia sudah meratifikasi konvensi ICSID dengan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal. Di samping, Indonesia juga menjadi anggota Konvensi New York 1958 tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Arbitrase Luar Negeri dengan Keputusan Presiden Nomor 34 tahun 1981 tentang Pengesahan *Convention on The Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*.

Selanjutnya, pembatasan dalam UUPM menurut penulis diantaranya :

a). Keharusan bagi penanaman modal asing untuk memprioritaskan tenaga kerja Indonesia, sebagaimana diatur di dalam Pasal 10 UUPM; b). Pelarangan terhadap saham ‘Nominee’; c). Keharusan/ kewajiban setiap penanam modal yang mengusahakan sumber daya alam yang tidak terbarukan untuk mengalokasikan dana secara bertahap dalam rangka pemulihan lokasi kegiatan usaha yang memenuhi standar kelayakan lingkungan hidup, sebagaimana yang diatur di dalam Pasal 17 UUPM; d). Kewajiban penanam modal lainnya, sebagaimana yang diatur di dalam Pasal 15 UUPM.

Sebagaimana insentif, kami juga menemukan beberapa pembatasan dalam kegiatan penanaman modal yang ‘luput’ dari perhatian penulis (Suparji), diantaranya : e). Penanaman modal asing wajib dalam bentuk perseroan terbatas berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan di dalam wilayah negara Republik Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang. (Pasal 5 ayat 2 dan Pasal 25 ayat 1 UUPM); f). Di dalam Pasal 8 UUPM, hak untuk melakukan transfer dan repatriasi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan (3) pasal tersebut,

dilakukan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Dimana ketentuan tersebut tidak mengurangi :

- a. kewenangan Pemerintah untuk memberlakukan ketentuan peraturan perundang-undangan yang mewajibkan pelaporan pelaksanaan transfer dana;
- b. hak Pemerintah untuk mendapatkan pajak dan/atau royalti dan/atau pendapatan Pemerintah lainnya dari penanaman modal sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- c. pelaksanaan hukum yang melindungi hak kreditor; dan
- d. pelaksanaan hukum untuk menghindari kerugian negara.

g). Penundaan hak melakukan transfer dan/atau repatriasi terhadap penanam modal asing yang belum menyelesaikan kewajiban-kewajibannya menurut hukum. (Pasal 9 UUPM); h). Pembatasan bidang usaha untuk penanam modal (Pasal 12 UUPM, dan sesuai amanat Pasal 12 ayat 3 dan 4 UUPM, daftar bidang-bidang usaha yang terbuka dan tertutup untuk penanam modal asing diatur di dalam Peraturan Presiden Nomor 77 Tahun 2007 Tentang Daftar Bidang Usaha Yang Tertutup Dan Bidang Usaha Yang Terbuka Dengan Persyaratan Di Bidang Penanaman Modal).

i). Kewajiban penanam modal (Pasal 15 UUPM), yaitu : a. menerapkan prinsip tata kelola perusahaan yang baik, b. melaksanakan tanggung jawab sosial perusahaan; Corporate Social Responsibility—CSR, c. membuat laporan tentang kegiatan penanaman modal dan menyampaikannya kepada Badan Koordinasi Penanaman Modal, d. menghormati tradisi budaya masyarakat sekitar lokasi kegiatan usaha penanaman modal; dan e. mematuhi semua ketentuan peraturan perundang-undangan;

j). Tanggung jawab setiap penanam modal (Pasal 16 UUPM), diantaranya : a. menjamin tersedianya modal yang berasal dari sumber yang tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, b. menanggung dan menyelesaikan segala kewajiban dan kerugian jika penanam modal menghentikan atau meninggalkan atau menelantarkan kegiatan usahanya secara sepihak sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, c. menciptakan

iklim usaha persaingan yang sehat, mencegah praktik monopoli, dan hal lain yang merugikan negara, d. menjaga kelestarian lingkungan hidup, e. menciptakan keselamatan, kesehatan, kenyamanan, dan kesejahteraan pekerja, dan f. mematuhi semua ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

k). Fasilitas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18 ayat (4) dan ayat (5) diberikan berdasarkan kebijakan industri nasional yang ditetapkan oleh Pemerintah. Artinya, pemberian fasilitas-fasilitas tidak diberikan secara tidak terkontrol, tetapi diberikan dengan memperhatikan kepentingan nasional secara keseluruhan. (Pasal 19 UUPM). Dan khususnya untuk penanam modal asing yang tidak berbentuk perseroan terbatas, fasilitas-fasilitas itu tidak berlaku (Pasal 20 UUPM),

l). Penghentian atau pembatalan pemberian dan perpanjangan hak atas tanah terhadap kegiatan penanaman modal sebagaimana diatur dalam Pasal 22 ayat 1,2,3 dan 4 UUPM, dapat dilakukan oleh Pemerintah jika perusahaan penanaman modal menelantarkan tanah, merugikan kepentingan umum, menggunakan atau memanfaatkan tanah tidak sesuai dengan maksud dan tujuan pemberian hak atas tanahnya, serta melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan. (Pasal 22 ayat 5 UUPM).

m). Pembatasan dalam pemberian fasilitas perizinan impor. (Pasal 24 UUPM), n). Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak. (Pasal 32 ayat 4 UUPM). Hal ini kemungkinan, merujuk pada kasus *Pertamina Vs Karaha Bodas Company LLC.*, dimana pihak RI—Pertamina—menolak putusan lembaga arbitrase (Tribunal Arbitrase Internasional di Jenewa-Swiss) yang menyelesaikan sengketa tersebut dengan alasan pilihan terhadap lembaga arbitrase itu tidak atas persetujuan pihak Pertamina. Dan berdasarkan pertimbangan itulah, eksekusi putusan arbitrase internasional di Swiss tersebut dinyatakan batal oleh Pengadilan Negeri Indonesia.

o). Perihal kepemilikan saham. (Pasal 33 ayat 1 UUPM),
p). Kemungkinan pengakhiran perjanjian atau kontrak kerja sama antara

Pemerintah dengan penanam modal asing, dalam hal terjadi tindak pidana. (Pasal 33 ayat 3 UUPM).

Atas pertimbangan-pertimbangan inilah, maka peneliti berpendapat bahwa, penelitian mengenai isu-isu hukum pasca keluarnya UU PM dan Putusan MKRI tentang Judicial Review UUPM yang tergolong baru dalam konstruksi Hukum Investasi di Indonesia, mutlak diperlukan. Hal ini bertujuan untuk memberikan informasi dan wawasan yang lebih luas kepada *stakeholder* maupun *shareholder* yang *concern* dengan kegiatan investasi mengenai sisi terpenting dari suatu kegiatan investasi, yaitu aspek hukumnya.



BAB 4. PEMBAHASAN

4.1. Pelaksanaan Judicial Review oleh MK (Pengalaman Indonesia)

Sebagaimana lembaga-lembaga negara lainnya yang ‘dibidani’ oleh ‘calon dokter yang sedang *co-asst.*’ (baca: reformasi setengah jalan), ‘berkah’ dari pelaksanaan wewenangnya, Mahkamah Konstitusi saat ini seakan menjadi sebuah *icon* tegaknya supremasi hukum agar sejalan dengan konstitusi, tentunya dengan beberapa catatan—yang sebenarnya tidak—kecil.

Berdirinya lembaga Mahkamah Konstitusi (MK) di Indonesia ini diawali dengan diadopsinya ide *Constitutional Court* dalam amandemen konstitusi yang dilakukan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) pada tahun 2001 sebagaimana dirumuskan dalam ketentuan Pasal 24 ayat (2), Pasal 24C, dan Pasal 7B Undang-Undang Dasar 1945 hasil Perubahan Ketiga yang disahkan pada 9 Nopember 2001 juncto Pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK). Ide pembentukan MK merupakan salah satu perkembangan pemikiran hukum dan kenegaraan modern yang muncul di abad ke-20, dan Indonesia merupakan negara yang ke-78 mengadopsi ide ini.²⁰⁹

Selanjutnya, berdasarkan ketentuan di dalam Perubahan Ketiga UUD 1945 dan UU MK itu, Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk : *pertama*, menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; *kedua*, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; *ketiga*, memutus pembubaran partai politik; dan *keempat*, memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

The Guardian of the Constitution—demikian julukan yang diberikan sebagian orang kepada salah satu lembaga kehakiman di Indonesia—ini seakan menjadi sasaran *euphoria* kelompok, golongan, orang perorang dan/atau badan

²⁰⁹ Op. Cit., Jimly Asshiddiqie dan Mustafa Fakhri, Lihat juga H.M. Laica Marzuki, *Berjalan-jalan Di Ranah Hukum: Pikiran-pikiran Lepas Prof. DR. H.M. Laica Marzuki, SH.*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hal.82

hukum untuk menyampaikan *uneg-uneg* mereka terkait dengan kerugian konstitusional yang mereka alami sebagai akibat diberlakukannya suatu undang-undang oleh lembaga legislatif (Dewan Perwakilan Rakyat). Bahkan dikarenakan kuatnya *euphoria* ini, tidak tanggung-tanggung pengajuan permohonan *judicial review* ini juga ada yang berasal dari kalangan lembaga legislatif sendiri yang notabene adalah lembaga yang seharusnya memiliki hak penuh untuk memberlakukan, membatalkan atau meninjau kembali (*legislatif review*) undang-undang yang dianggapnya ‘bermasalah’ dengan UUD 1945.²¹⁰

Adanya *euphoria* ini memang bukan tanpa alasan yang *logic*. Sejak berdiri 13 Agustus 2003 lalu sampai dengan saat ini, MK telah menunjukkan *performance* terbaiknya sebagai penjaga konstitusi. Sekaligus terhitung berhasil menempatkan dirinya sebagai salah satu lembaga kehakiman ‘alternatif’ para pejuang keadilan untuk mendapatkan hak-hak konstitusinya.

Terkait dengan tugas dan fungsinya sebagai lembaga yang berwenang melakukan pengujian (*judicial review*) terhadap undang-undang, berdasarkan data rekapitulasi perkara pengujian undang-undang terbaru versi MK sendiri periode tahun 2003-2008, telah tercatat sebanyak 156 (seratus lima puluh enam) perkara pengujian undang-undang yang ditangani MK. Terdiri dari 41 (empat puluh satu) perkara yang dikabulkan, 51 (lima puluh satu) perkara yang ditolak, 43 (empat puluh tiga) perkara tidak diterima, dan 15 (lima belas) perkara ditarik kembali oleh pemohon. Dan sisanya, 6 (enam) perkara—saat tesis ini dibuat—masih dalam pemeriksaan MK.²¹¹

Sedangkan berkaitan dengan tugas dan fungsinya sebagai lembaga kehakiman yang berwenang memutus sengketa antar lembaga negara, terdapat 10 (sepuluh) perkara yang telah ditangani oleh MK dan menghasilkan 10 (sepuluh) putusan, yang tidak satupun dari permohonan itu yang dikabulkan. Di samping

²¹⁰ Cermati Perkara nomor 20/PUU-V/2007 tentang pengujian Undang-undang No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, terkait dengan pengujian materil Pasal 11 ayat (2) Undang-undang tersebut terhadap *legal standing* anggota DPR sebagai pemohon.

²¹¹ <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/profilemk.php?mk=11>

itu, terdapat 2 (dua) perkara yang ditolak, 5 (lima) perkara tidak diterima, dan 3 (tiga) perkara yang ditarik kembali oleh pemohonnya.²¹²

Dan *trend* ini terus meningkat seiring semakin banyaknya permohonan judicial review yang diajukan kepada salah satu lembaga kehakiman ini. Berdasarkan data terbaru dari MK sendiri, saat ini telah terdapat 217 (dua ratus perkara) yang terdaftar di dalam Daftar Registrasi Perkara, baik yang telah memiliki keputusan tetap maupun yang masih dalam pemeriksaan MK.²¹³

Terlepas dari pembicaraan mengenai *performnce* MK secara umum, satu hal yang layak mendapat perhatian kita selanjutnya adalah terkait dengan 156 (seratus lima puluh enam) perkara pengujian undang-undang yang telah ditangani MK sepanjang masa tugasnya sejak tahun 2003 sampai saat ini. Dan lebih khususnya lagi—dari 156 perkara yang telah diputus itu—yang sangat relevan dengan tesis ini adalah, terkait dengan perkara-perkara yang didalamnya memuat penafsiran hukum beberapa pengertian yang berhubungan erat dengan Pasal 33 UUD 1945. Peneliti membahasnya karena Pasal 33 UUD 1945 inilah yang menjadi ‘batu uji’—norma UUD sebagai penguji—UU Penanaman Modal pada putusan MK Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian (*Judicial Review*) UU Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal yang menjadi objek tesis ini.

Beberapa pengertian dari Pasal 33 UUD 1945 yang ditafsirkan oleh MK itu—dalam penelusuran peneliti—ditemukan kurang lebih terdapat di dalam 15 (lima belas) perkara, antara lain :

Pertama, di dalam Perkara Nomor 012/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-undang No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan Pengujian Materil Seluruh pasal Undang-undang No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan. Petitem yang diminta para pemohon²¹⁴ dalam perkara ini adalah : *Pertama*, Mengabulkan Permohonan Pemohon untuk seluruhnya; *Kedua*, Menyatakan UU Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan sebagai bertentangan dengan UUD 1945; *Ketiga*, Menyatakan UU Nomor 13 Tahun 2003 tentang

²¹² <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/profilemk.php?mk=12>

²¹³ http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/registrasi_perkara.php?pg=1

²¹⁴ Pemohonnya adalah Saepul Tavip dkk.

Ketenagakerjaan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat dan tidak berlaku umum; *Keempat*, Memerintahkan Pemerintah RI dan DPR RI untuk mencabut dan menyatakan tidak berlaku UU Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan.

Selanjutnya di dalam amar putusannya, MK menyatakan mengabulkan permohonan para pemohon untuk sebagian. Adapun Pasal-pasal yang dinyatakan bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945 yaitu : Pasal 158, Pasal 159, Pasal 160 ayat (1) sepanjang mengenai anak kalimat “...*bukan atas pengaduan pengusaha...*”, Pasal 170 sepanjang mengenai anak kalimat “...*kecuali Pasal 158 ayat (1)...*”, Pasal 171 sepanjang anak kalimat “...*Pasal 158 ayat (1)...*”, Pasal 186 sepanjang mengenai anak kalimat “...*Pasal 137 dan Pasal 138 ayat (1)...*” Undang-undang No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan.

Di dalam putusan ini, MK menafsirkan pengertian Pasal 33 ayat (1) UUD 1945 : **”Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan.”**²¹⁵ Frasa ini tidak dapat dipahami sepenuhnya sebagai penolakan terhadap sistem ekonomi pasar, yang berarti mengharuskan negara melakukan campur tangan tatkala mekanisme ekonomi pasar mengalami distorsi. Selanjutnya ”Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan” di dalam Pasal 33 ayat (1) UUD 1945, diartikan bahwa perekonomian berdasarkan atas demokrasi ekonomi dengan mengutamakan kemakmuran rakyat.

Yang menjadi pertimbangan MK dalam hal ini adalah bahwa sebagaimana diakui juga oleh para Pemohon bahwa UUD 1945 adalah juga merupakan cita-cita dan arah serta dasar kebijakan yang bersifat normatif, sehingga apabila menilai perlindungan dan peran negara sebagai pelindung dilihat tidak tegas tampak dalam UU Ketenagakerjaan, hal ini disebabkan bahwa UU *a quo* harus merujuk kepada UUD 1945 yang artinya memperhitungkan pula keseimbangan berbagai kepentingan, khususnya kepentingan buruh dan kepentingan pengusaha dalam mekanisme ekonomi pasar.²¹⁶

²¹⁵ Lihat Putusan Perkara 012/PUU-I/2003 hal.100, 101, dan 104

²¹⁶ Lihat Putusan Perkara 012/PUU-I/2003 hal.108

Kepentingan pengusaha harus juga diakomodasi karena ketiadaan investasi justru akan menyebabkan berkurangnya lapangan kerja dan bertambahnya pengangguran yang pada gilirannya justru akan merugikan pihak buruh sendiri. Dalam kaitan ini Mahkamah berpendapat bahwa Pasal 33 UUD 1945 tidak dapat dipahami sepenuhnya sebagai penolakan terhadap sistem ekonomi pasar, yang berarti mengharuskan negara melakukan campur tangan tatkala mekanisme ekonomi pasar mengalami distorsi.²¹⁷

Kedua, di dalam Putusan Perkara Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 (tiga perkara dalam satu putusan) tentang Pengujian Undang-undang No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan Pengujian Materil Seluruh pasal Undang-undang No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan. Petitum yang diminta para pemohon²¹⁸ dalam perkara ini adalah : *Pertama*, Menerima dan mengabulkan seluruh permohonan hak uji ini; *Kedua*, Menyatakan UU Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan bertentangan dengan UUD 1945; *Ketiga*, Menyatakan UU Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan tidak mempunyai kekuatan mengikat; *Keempat*, Memerintahkan pencabutan pengundangan UU Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan dalam Lembaran Negara RI dan Tambahan Lembaran Negara RI atau setidaknya tidaknya memerintahkan pemuatan petitum ini dalam Lembaran Negara (LN) RI dan Tambahan Lembaran Negara (TLN) RI.

Selanjutnya di dalam amar putusannya, MK menyatakan menolak permohonan pemohon I dalam pengujian formil yakni mengenai prosedur persetujuan RUU Ketenagalistrikan menjadi Undang-Undang Nomor 20 tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan, dan mengabulkan permohonan pemohon I, II dan III dalam pengujian materiil Adapun pasal-pasal yang dinyatakan bertentangan dengan Pasal 33 UUD 1945 yaitu Pasal 16, Pasal 17 ayat (3), Pasal 68 Undang-undang No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan.

²¹⁷ Lihat Putusan Perkara 012/PUU-I/2003 hal.108

²¹⁸ Para pemohonnya adalah : APhi (Asosiasi Penasehat Hukum dan Hak Asasi Manusia Indonesia), PBHI (Perhimpunan Bantuan Hukum dan Hak Asasi Manusia Indonesia), Yayasan 234—pemohon perkara 001/PUU-I/2003, Ir. Ahmad Daryoko dan M. Yunan Lubis, S.H. (Pengurus Serikat Pekerja PT. PLN)—pemohon perkara 021/PUU-I/2003, Ir. Januar Muin dan Ir. David Tombeg (Pengurus Pusat IKatan Keluarga Pensiunan Listrik Negara Negara)—pemohon perkara 022/PUU-I/2003.

Di dalam putusan ini, MK menafsirkan pengertian “**dikuasai oleh negara**”²¹⁹ di dalam Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 : haruslah diartikan mencakup makna penguasaan oleh negara dalam arti luas yang bersumber dan diturunkan dari konsepsi kedaulatan rakyat Indonesia atas segala sumber kekayaan “*bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya*”, termasuk pula di dalamnya pengertian kepemilikan publik oleh kolektivitas rakyat atas sumber-sumber kekayaan dimaksud. Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Fungsi pengurusan (*bestuursdaad*) oleh negara dilakukan oleh Pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perijinan (*vergunning*), lisensi (*licentie*), dan konsesi (*consessie*). Fungsi pengaturan oleh negara (*regelendaad*) dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama Pemerintah, dan regulasi oleh Pemerintah. Fungsi pengelolaan (*beheersdaad*) dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (*share-holding*) dan/atau melalui keterlibatan langsung dalam manajemen Badan Usaha Milik Negara atau Badan Hukum Milik Negara sebagai instrumen kelembagaan, yang melaluinya Negara, *c.q.* Pemerintah, mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan itu untuk digunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Demikian pula fungsi pengawasan oleh negara (*toezichthoudensdaad*) dilakukan oleh Negara, *c.q.* Pemerintah, dalam rangka mengawasi dan mengendalikan agar pelaksanaan penguasaan oleh negara atas sumber-sumber kekayaan dimaksud benar-benar dilakukan untuk sebesar-besarnya kemakmuran seluruh rakyat. Selanjutnya, frasa “Yang harus dikuasai oleh negara” pada Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 adalah jika: (i) cabang-cabang produksi itu penting bagi

²¹⁹ Lihat Putusan Perkara No. 001-021-022/PUU-I/2003 hal. 208,209, 210,211, 333, 334, 337 dan 338; juga Perkara 002/PUU-I/2003 hal. 205, 206. Penafsiran ini juga terdapat dalam Perkara Nomor 002/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-undang No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi Pengujian Materil Seluruh pasal Undang-undang No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, dan penafsiran ini diikuti di dalam Putusan Perkara 021-022/PUU-V/2007.

negara dan menguasai hajat hidup orang banyak; atau (ii) penting bagi negara tetapi tidak menguasai hajat hidup orang banyak; atau (iii) tidak penting bagi negara tetapi menguasai hajat hidup orang banyak.²²⁰

Di samping itu, MK berpendapat juga bahwa ketentuan Pasal 33 UUD 1945 tidaklah menolak privatisasi, asalkan privatisasi itu tidak meniadakan penguasaan Negara, *c.q.* Pemerintah, untuk menjadi penentu utama kebijakan usaha dalam cabang produksi yang penting bagi negara dan/atau menguasai orang banyak. Pasal 33 UUD 1945 juga tidak menolak ide kompetisi di antara para pelaku usaha, asalkan kompetisi itu tidak meniadakan penguasaan oleh negara yang mencakup kekuasaan untuk mengatur (*regelendaad*), mengurus (*bestuursdaad*), mengelola (*beheersdaad*), dan mengawasi (*toezichthoudensdaad*) cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan/atau menguasai hajat hidup orang banyak untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.²²¹

Selanjutnya, MK juga berpendapat bahwa meskipun dalam terminologi “dikuasai oleh negara” itu “tidak selalu berarti “dimiliki oleh negara”, hal itu tidaklah secara *a contrario* lalu diartikan bahwa negara tidak boleh memiliki, meskipun pemilikan dimaksud tidak sama pengertiannya dengan pemilikan privat. Kalau pengertian “dikuasai oleh negara” diartikan bahwa negara sama sekali tidak boleh memiliki, hal demikian justru menjadikan Pasal 33 UUD 1945, khususnya Ayat (2) dan Ayat (3), kehilangan makna keberadaannya.²²²

Sebab, bukanlah tidak mungkin bila suatu ketika, sebagai akibat perkembangan masyarakat atau kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi, suatu cabang produksi demikian pentingnya bagi negara dan/atau demikian kuatnya menguasai hajat hidup orang banyak, misalnya mengancam kelangsungan hidup dan/atau kedaulatan negara sehingga mengharuskan negara melakukan lebih dari sekadar tindakan pengurusan, pengaturan, dan pengawasan, maka dalam keadaan demikian, sebagai konsekuensi logis dari pengertian penguasaan oleh negara yang diturunkan dari konsepsi kepemilikan kolektif seluruh rakyat, negara harus juga

²²⁰ Lihat Putusan Perkara No. 001-021-022/PUU-I/2003 hal.209

²²¹ Lihat Perkara 002/PUU-I/2003 hal.210-211

²²² Lihat Perkara 021-022/PUU-V/2007 hal.232

melakukan tindakan pengelolaan sebagaimana layaknya pemilik semata-mata demi kelangsungan hidup dan/atau kedaulatan negara tersebut.²²³

Ketiga, di dalam Putusan Perkara Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 (empat perkara dalam satu putusan) tentang Pengujian Undang-undang No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air Pengujian Materil Pasal 6 ayat (3), Pasal 7 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 8 ayat (2) huruf c, Pasal 9 ayat (1), Pasal 29 ayat (3), ayat (4) dan ayat (5), Pasal 38 ayat (2), Pasal 40 ayat (1), ayat (4) dan ayat (7), Pasal 45 ayat (3) dan ayat (4), Pasal 46 ayat (2), Pasal 91, Pasal 92 ayat (1), ayat (2) dan (3) Undang-undang No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air.

Petitum yang diminta para pemohon²²⁴ dalam perkara ini adalah : *Pertama*, Menerima dan mengabulkan seluruh permohonan pengujian undang-undang Para Pemohon; *Kedua*, Menyatakan pembentukan Undang-undang Nomor 7 Tahun 2004 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan menyatakan Undang-undang No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat; *Ketiga*, Menyatakan ketentuan dalam pasal 7, 8, 9, 29, 38, 40, 41, 45, 46, 48, 49, 80, 91 dan Pasal 92 Undang-undang No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; *Keempat*, Menyatakan ketentuan dalam pasal 7, 8, 9, 29, 38, 40, 41, 45, 46, 48, 49, 80, 91 dan pasal 92 Undang-undang No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat; *Kelima*, Memerintahkan amar Putusan Majelis Hakim dari Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia yang mengabulkan permohonan pengujian Undang-undang No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 untuk dimuat dalam Berita Negara dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja sejak putusan diucapkan. Selanjutnya di dalam amar putusannya, MK menyatakan menolak semua permohonan para pemohon.

²²³ Lihat Perkara 021-022/PUU-V/2007 hal.233

²²⁴ Para pemohonnya adalah : Munarman, S.H. dkk.—Perkara No. 058/PUU-II/2004, Longgena Ginting dkk.—Perkara No. 059/PUU-II/2004, Zumrotun dkk.—Perkara No. 060/PUU-II/2004, Suta Widhya—Perkara No. 063/PUU-II/2004.

Di dalam putusan ini, MK menafsirkan pengertian Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 : khususnya frasa **”Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.”**²²⁵ MK berpendapat, bahwa secara konstitusional landasan pengaturan air adalah Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 dan Pasal 28H UUD 1945 yang memberikan dasar bagi diakuinya hak atas air sebagai bagian dari hak hidup sejahtera lahir dan batin yang artinya mejadi substansi dari hak asasi manusia.

Posisi negara dalam hubungannya dengan air sebagai benda publik atau benda sosial yang bahkan telah diakui sebagai bagian dari hak asasi manusia. Sebagaimana hak-hak asasi manusia lainnya posisi negara dalam hubungannya dengan kewajibannya yang ditimbulkan oleh hak asasi manusia, negara harus menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*), dan memenuhinya (*to fulfill*).²²⁶

Air adalah *res commune*, dan oleh karenanya harus tunduk pada ketentuan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, sehingga pengaturan tentang air harus masuk ke dalam sistem hukum publik yang terhadapnya tidak dapat dijadikan objek pemilikan dalam pengertian hukum perdata. Oleh karena itu, satu-satunya konsep hak yang sesuai dengan hakikat pengaturan tersebut adalah hak atas air sebagai hak asasi manusia sebagaimana diatur dalam konstitusi. Konsep Hak Guna Pakai Air sebagaimana telah dirumuskan dalam UU SDA harus ditafsirkan sebagai turunan (*derivative*) dari hak hidup yang dijamin oleh UUD 1945.²²⁷

²²⁵ Lihat Putusan Perkara No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 hal.488; juga Perkara Nomor 003/PUU-III/2005 tentang Pengujian Formal, yakni persyaratan utama lahirnya Perpu No. 1 Tahun 2004 dan Pengujian Materil terhadap Konsideran Menimbang huruf c dan d, Penjelasan Bagian Umum I alinea 1, 2 dan 3, Pasal 83A, Pasal 83B, Konsideran Menimbang huruf a, b, c, dan d, Penjelasan Bagian Umum alinea 1, 2, dan 3, Muatan nilai-nilai dan Ketentuan Konsideran Menimbang dan Penjelasan Undang-Undang No. 19 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan menjadi Undang-Undang; dan cermati juga Putusan Perkara Nomor 008/PUU-III/2005 tentang Pengujian Undang-undang No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air Pengujian Materil Pasal 7, Pasal 6 ayat (2) dan ayat (3), Pasal 8 ayat (1) dan ayat (2) Pasal 9 ayat (1), Pasal 11 ayat (3), Pasal 29 ayat (3), Pasal 38, Pasal 39, Pasal 40 ayat (4) dan Pasal 49.

²²⁶ Lihat Putusan Perkara No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 hal.487

²²⁷ Lihat Putusan Perkara No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 hal.495

Di samping itu, negara dalam melaksanakan hak penguasaan atas air meliputi kegiatan: (1). merumuskan kebijaksanaan (*beleid*), (2). melakukan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), (3). melakukan pengaturan (*regelendaad*), (4). Melakukan pengelolaan (*beheersdaad*), dan (5). melakukan pengawasan (*toezichthoudendaad*)²²⁸

Keempat, di dalam Putusan Perkara Nomor 21-22/PUU-V/2007 (dua permohonan perkara dalam satu putusan) tentang Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal Pengujian Materil Pasal 2, Pasal 3 ayat (2), Pasal 4 Ayat (2), Pasal 8 ayat (1), Pasal 10 ayat (2), Pasal 12 ayat (1), Pasal 18 ayat (4), Pasal 22 Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, dan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal Pengujian Materil Pengujian Materil Pasal 4 Ayat (2) huruf (a) , Pasal 8 Ayat (1), (2), (3), (4) dan (5), Pasal 12 Ayat (1), (2), (3), (4), (5), Pasal 21, dan Pasal 22 Ayat (1) dan (3) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

Petitum yang diminta para pemohon²²⁹ dalam perkara ini adalah : *Pertama*, Menerima dan mengabulkan seluruh permohonan pengujian ini; *Kedua*, Menyatakan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal khususnya Pasal 2, Pasal 3 Ayat (2), Pasal 4 Ayat (2), Pasal 12 Ayat (1), Pasal 8 Ayat (1), Pasal 10 Ayat (2), Pasal 18 Ayat (4), Pasal 22 bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 33 Ayat (2) dan (3), Pasal 27 Ayat (2) dan Pasal 28C UUD 1945; *Ketiga*, Menyatakan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat; *Keempat*, Memerintahkan pencabutan pengundangan Undang-undangan Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal dalam lembaran negara RI dan tambahan

²²⁸ Lihat Putusan Perkara No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 hal.498-499

²²⁹ Para pemohonnya adalah : Perhimpunan Bantuan Hukum & HAM (PBHI), Serikat Tani Nasional (STN), Aliansi Petani Indonesia (API), Yayasan Bina Desa Sadajiwa, Perserikatan Solidaritas Perempuan (SP), Federasi Serikat Petani Indonesia (FSPI), Yayasan Wahana Lingkungan Hidup Indonesia (WALHI), Konsorsium Pembaharuan Agraria (KPA), Suara HAM (SHMI), Asosiasi Pendamping Perempuan Usaha Kecil (ASPPUK)—Perkara No. 021/PUU-V/2007, Daipin, Halusi Thabrani, H. Sujianto, Kajidin, Saebah, Suriana, Kelana Suria, Ir. Rusmadi, Siti Dahniar, Asmawati Idris Hasibuan, Supono, Salim, Suharno, Eduard P. Marpaung, Nikasi Ginting, Trisya Miharja, Maria Emeninta, Herikson Pakpahan, Mathias Mehan, Elly Rosita, Mudhofir, Suparni. Kuasa Hukum : Tim Advokasi Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia. Lembaga Bantuan Hukum Jakarta. Lembaga Bantuan Hukum Bandar Lampung—Perkara No.022/PUU-V/2007.

lembaran Negara RI atau setidaknya-tidaknya memerintahkan pemuatan petitum ini dalam Lembaran Negara RI dan Tambahan lembaran Negara RI.

Selanjutnya di dalam amar putusannya, MK menyatakan mengabulkan permohonan para pemohon untuk sebagian. Adapun Pasal-pasal yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 yaitu : Pasal 22 Ayat (1) sepanjang menyangkut kata-kata “di muka sekaligus”, Pasal 22 Ayat (2) sepanjang menyangkut kata-kata “di muka sekaligus”, Pasal 22 Ayat (4) sepanjang menyangkut kata-kata “sekaligus di muka” Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4724)

Di dalam putusan ini, MK menafsirkan pengertian Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 : Isi dan pengertian “**demokrasi ekonomi**”²³⁰ tersebut, maknanya adalah kedaulatan rakyat di bidang ekonomi dengan prinsip-prinsip atau asas-asas yang melandasinya adalah prinsip kebersamaan, prinsip efisiensi yang berkeadilan, prinsip berkelanjutan, prinsip berwawasan lingkungan, prinsip kemandirian, serta prinsip keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.”

Dalam hal ini MK berpendapat bahwa isu konstitusionalnya sesungguhnya adalah apabila terhadap suatu bidang usaha, termasuk yang di dalamnya terdapat hak penguasaan oleh negara, dinyatakan sebagai bidang usaha yang terbuka bagi penanaman modal, apakah negara masih mungkin menjalankan mandatnya yang diberikan oleh rakyat secara kolektif untuk melakukan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*), dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*). Demikian pula sebaliknya jika dinyatakan tertutup.²³¹

²³⁰ Lihat Putusan Perkara No. 21-22/PUU-V/2007 hal.215-216; Lihat juga Perkara Nomor 003/PUU-III/2005 tentang Pengujian Formal, yakni persyaratan utama lahirnya Perpu No. 1 Tahun 2004 dan Pengujian Materiil terhadap Konsideran Menimbang huruf c dan d, Penjelasan Bagian Umum I alinea 1, 2 dan 3, Pasal 83A, Pasal 83B, Konsideran Menimbang huruf a, b, c, dan d, Penjelasan Bagian Umum alinea 1, 2, dan 3, Muatan nilai-nilai dan Ketentuan Konsideran Menimbang dan Penjelasan Undang-Undang No. 19 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan menjadi Undang-Undang;

²³¹ Lihat Putusan Perkara No. 21-22/PUU-V/2007 hal.232

Namun dalam kaitan ini, MK juga menegaskan bahwa meskipun dalam terminologi “dikuasai oleh negara” itu “tidak selalu berarti “dimiliki oleh negara”, hal itu tidaklah secara *a contrario* lalu diartikan bahwa negara tidak boleh memiliki, meskipun pemilikan dimaksud tidak sama pengertiannya dengan pemilikan privat. Kalau pengertian “dikuasai oleh negara” diartikan bahwa negara sama sekali tidak boleh memiliki, hal demikian justru menjadikan Pasal 33 UUD 1945, khususnya Ayat (2) dan Ayat (3), kehilangan makna keberadaannya.²³²

Sebab, bukanlah tidak mungkin bila suatu ketika, sebagai akibat perkembangan masyarakat atau kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi, suatu cabang produksi demikian pentingnya bagi negara dan/atau demikian kuatnya menguasai hajat hidup orang banyak, misalnya mengancam kelangsungan hidup dan/atau kedaulatan negara sehingga mengharuskan negara melakukan lebih dari sekadar tindakan pengurusan, pengaturan, dan pengawasan, maka dalam keadaan demikian, sebagai konsekuensi logis dari pengertian penguasaan oleh negara yang diturunkan dari konsepsi kepemilikan kolektif seluruh rakyat, negara harus juga melakukan tindakan pengelolaan sebagaimana layaknya pemilik semata-mata demi kelangsungan hidup dan/atau kedaulatan negara tersebut.²³³

Kelima, di dalam Putusan Perkara Nomor 053/PUU-II/2004 tentang Pengujian Undang-undang No. 20 Tahun 2000 tentang Bea Perolehan Hak Atas Tanah dan Bangunan Pengujian Materil Pasal 1 ayat (3), Pasal 2 ayat (3) huruf f dan Pasal 24 ayat (2) huruf a Pengujian Undang-undang No. 20 Tahun 2000 tentang Bea Perolehan Hak Atas Tanah dan Bangunan. Petitum yang diminta para pemohon²³⁴ dalam perkara ini adalah : *Pertama*, Mengabulkan permohonan Pemohon; *Kedua*, Menetapkan bahwa pasal-pasal 1 ayat (3), pasal 2 ayat (3) huruf f, dan pasal 24 ayat (2a) UU No.20 Tahun 2000 bertentangan dengan UUD 1945; *Ketiga*, Menetapkan bahwa pasal-pasal 1 ayat (3), pasal 2 ayat (3) huruf f, dan pasal 24 ayat (2a) UU No.20 Tahun 2000 tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat; *Keempat*, Menetapkan bahwa HGB diatas HPL tidak dapat disamakan dengan HGB yang tercantum dalam pasal 2 ayat (2) huruf b angka 1 dan 2, dan

²³² Lihat Putusan Perkara No. 21-22/PUU-V/2007 hal.232-233

²³³ Lihat Putusan Perkara No. 21-22/PUU-V/2007 hal.233

²³⁴ Pemohonnya adalah Marto Sumartono

ayat 3 huruf c UU No.20 Tahun 2000; *Kelima*, Memerintahkan agar pasal-pasal yang telah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum untuk diberitahukan dan dimuat dalam Lembaran Negara; *Keenam*, Memerintahkan kepada Pemerintah untuk melaksanakan Putusan ini. Selanjutnya di dalam amar putusannya, MK menyatakan menolak permohonan pemohon.

Di dalam putusan ini, MK menafsirkan pengertian Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 : khususnya frasa **“efisiensi berkeadilan”**,²³⁵ yang menurut MK bukan dalam arti efisiensi dalam suatu bisnis atau perusahaan, melainkan adalah mengenai sistem perekonomian nasional di mana dalam menjalankan efisiensi tidak boleh mengakibatkan ketidakadilan yang bertentangan dengan hak asasi manusia.

Pertimbangan MK dalam hal ini terkait dengan dalil Pemohon yang mendalilkan pasal-pasal *a quo* tidak adil dan menyebabkan tidak adanya kepastian hukum serta menimbulkan biaya ekonomi yang sangat tinggi sehingga Pemohon selaku pengembang merasa tidak ada efisiensi dalam bisnis pengembang, Mahkamah berpendapat bahwa **“efisiensi berkeadilan”** dalam Pasal 33 ayat (4) Undang-Undang Dasar 1945 bukan dalam arti efisiensi dalam suatu bisnis atau perusahaan, melainkan adalah mengenai sistem perekonomian nasional dimana dalam menjalankan efisiensi tidak boleh mengakibatkan ketidakadilan yang bertentangan dengan hak asasi manusia

Keenam, Di samping itu, di dalam putusan Putusan Perkara Nomor 21-22/PUU-V/2007 (dua permohonan perkara dalam satu putusan) tentang Undang-undang No. 25 Tahun 2007, MK juga menafsirkan Pasal 33 ayat (5) UUD 1945 : terkait dengan kalimat **”Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang”**,²³⁶ adalah bahwa Undang-Undang Dasar mengharuskan pengaturan lebih lanjut mengenai pelaksanaan Pasal 33 UUD 1945 secara keseluruhan, termasuk perihal penguasaan oleh negara, dalam undang-undang. Istilah **“dalam undang-undang”** mengandung dua pengertian sekaligus, yaitu: *pertama*, bahwa pelaksanaan lebih lanjut dari ketentuan Pasal 33 UUD

²³⁵ Lihat Putusan Perkara No. 053/PUU-II/2004 hal.55

²³⁶ Lihat Putusan Perkara No. 21-22/PUU-V/2007 hal.233

1945 itu tidak boleh diatur dalam bentuk lain selain undang-undang; *kedua*, bahwa pengaturan lebih lanjut dari ketentuan Pasal 33 UUD 1945 itu dimungkinkan untuk diatur dalam lebih dari satu undang-undang.

Dalam hal ini MK berpendapat bahwa, selanjutnya, perihal bagaimana UUD 1945 menentukan pengaturan lebih lanjut mengenai penguasaan oleh negara itu, yang merupakan bagian dari seluruh ketentuan Pasal 33 UUD 1945, Pasal 33 Ayat (5) UUD 1945 menyatakan, “*Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang*”. Artinya, undang-undang dasar mengharuskan pengaturan lebih lanjut mengenai pelaksanaan Pasal 33 UUD 1945 secara keseluruhan, termasuk perihal penguasaan oleh negara, dalam undang-undang. Istilah “dalam undang-undang” dalam ketentuan *a quo* mengandung dua pengertian sekaligus, yaitu: *pertama*, bahwa pelaksanaan lebih lanjut dari ketentuan Pasal 33 UUD 1945 itu tidak boleh diatur dalam bentuk lain selain undang-undang; *kedua*, bahwa pengaturan lebih lanjut dari ketentuan Pasal 33 UUD 1945 itu dimungkinkan untuk diatur dalam lebih dari satu undang-undang.²³⁷

Dari uraian di atas, terlihat bahwa khususnya terkait dengan Pasal 33 UUD 1945, MK telah melakukan beberapa terobosan—atau lebih tepat disebut penemuan—hukum (*rechsvinding*) terhadap pengertian-pengertian serta ‘apa yang dikehendaki’ oleh Pasal itu sendiri, yang sebelumnya tidak bisa ditemukan di dalam penjelasan pasal demi pasal dari Pasal 33 UUD 1945 tersebut. Dengan kata lain, penafsiran MK terhadap beberapa pengertian di dalam Pasal 33 UUD 1945 ini adalah merupakan penegasan dari makna-makna yang tersirat di dalam pasal tersebut.

Di samping itu, terkait dengan kinerjanya, terdapat beberapa saran dan masukan dari beberapa pakar kepada MK, diantaranya saran dan masukan yang mengemuka pada saat peluncuran buku *Hukum Konstitusi Jerman : Beberapa Kasus Terpilih*, di gedung MK, Jakarta, Senin, 17 November 2008 lalu.²³⁸

²³⁷ Lihat Putusan Perkara No. 21-22/PUU-V/2007 hal.233

²³⁸ Lihat Kompas, Selasa 18 November 2008

Pada acara yang menghadirkan pembicara Hakim MK Jerman (Siegfried Bross), Ketua Hakim MK Indonesia (Mahfud MD), Guru Besar Fakultas Hukum UI (Satya Arinanto), dan Ketua Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia—YLBHI (Patra Zen), itu MK diminta untuk : *Pertama*, lebih progresif dalam menafsirkan UUD 1945, tidak melulu mendasarkan pada *original intent*, tetapi sesuai dengan kebutuhan zaman. *Kedua*, Hakim Konstitusi MK juga diminta berani menerobos ketentuan prosedural dan tidak menjadikannya alasan untuk tidak mengadili atau memeriksa suatu perkara. Dengan catatan, hal itu dilakukan demi tegaknya hak dan keadilan warga negara yang dijamin konstitusi.²³⁹

Adapun latar belakang dari beberapa saran dan masukan itu, menurut mereka antara lain : *pertama*, Keberadaan Perda yang bertentangan dengan Konstitusi. Perda tersebut tidak dapat dimintakan uji materiil ke MK, tetapi juga tidak dapat dipersoalkan di Mahkamah Agung karena tidak bertentangan dengan Undang-Undang; *kedua*, Tidak adanya *Professional Question* dari hakim pengadilan negeri jika menemukan pasal yang bertentangan dengan UUD. Hakim tidak memiliki legal standing atau kedudukan hukum untuk memperkarakan undang-undang tersebut; dan *ketiga*, Tidak ada mekanisme *constitutional complaint* atau keberatan dari warga negara yang terlanggar haknya, tetapi tidak ada lagi upaya hukum yang dapat dilakukan.²⁴⁰

Di samping itu, secara terpisah, Siegfried Bross menyatakan bahwa fungsi MK yang lebih penting adalah mengawasi aktivitas pemerintah melalui organ-organnya.²⁴¹ Dan menurut kami, saran dan masukan ini akan sangat membantu nantinya untuk meningkatkan kinerja MK di masa-masa datang, minimal untuk menjaga label ‘profesionalisme’ MK yang saat ini relatif ‘di atas rata-rata.’

Di samping itu, dalam perjalanannya, MK juga menyisakan beberapa catatan penting lainnya terkait dengan wewenangnya melakukan pengujian terhadap undang-undang, yang menurut salah satu Hakim Konstitusi Soedarsono

²³⁹ Ibid, Kompas

²⁴⁰ Ibid, Kompas

²⁴¹ Ibid, Kompas

(2003-2008),²⁴² diistilahkan sebagai putusan-putusan yang ‘kontroversi’—walaupun beberapa diantaranya, tidak tampak adanya ‘kontroversi’—diantaranya :

Pertama, Putusan Mahkamah Konstitusi No.004/PUU-I/2003 Perihal Pengujian Undang-Undang No.14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung Terhadap UUD 1945, yang terkait dengan syarat-syarat bagi calon Hakim Agung untuk dapat diangkat menjadi Hakim Agung. Terhadap putusan MK yang menolak seluruh permohonan pemohon, Firmansyah Arifin (Ketua Konsorsium Hukum Nasional (KRHN)—senada dengan Denny Indrayana (pakar Hukum Tata Negara UGM)—menyatakan bahwa keputusan MK menerobos Pasal 50 UU No.14/2003 merupakan langkah bagus dan progresif. Hal ini menunjukkan bahwa MK selalu bersandar kepada ketentuan UUD 1945 dan tidak kepada undang-undang, dan diharapkan putusan ini menjadi preseden yang baik untuk judicial review selanjutnya dalam rangka pembaharuan hukum nasional.

Kedua, Putusan Mahkamah Konstitusi No.011/PUU-I/2003 Tentang Larangan Menjadi Anggota DPR, DPD, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota Bagi Bekas Anggota Organisasi Terlarang Partai Komunis Indonesia, Termasuk Organisasi Massanya, Atau Orang Yang terlibat Langsung Ataupun Tidak Langsung Dalam G30S/PKI, Atau Organisasi Terlarang Lainnya. Di dalam amar putusannya, MK menyatakan bahwa Pasal 60 huruf g Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Lembaran Negara Tahun 2003 Nomor 37, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4277) bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum tetap.

Terhadap putusan ini, Satya Arinanto²⁴³ (Guru Besar Hukum Tata Negara Universitas Indonesia) menyatakan bahwa melalui putusan ini MK telah membuat sejarah besar. Satya menambahkan, dengan putusan ini, jalan menuju

²⁴² Lihat detailnya di dalam tulisan Soedarsono, *Kontroversi Atas Putusan Mahkamah Konstitusi*, *Catatan Hakim Konstitusi Soedarsono*, (Jakarta: Penerbit Sekretaris Jenderal Dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008). Sebagai perbandingan, lihat juga buku dari penulis yang sama, *Putusan Mahkamah Konstitusi Tanpa Mufakat Bulat*, *Catatan Hakim Konstitusi Soedarsono*, (Penerbit Sekretaris Jenderal Dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008).

²⁴³ Ibid Soedarsono, dikutip dari Tempo, 7 Maret 2004

rekonsiliasi nasional tampaknya sudah terbuka. Hanya saja, satu hal yang luput dari putusan ini, yang sebenarnya perlu ditekankan adalah sinkronisasi putusan MK tersebut dengan peraturan perundang-undangan terkait lainnya yang masih berlaku (Tap MPRS No.XXV/MPRS/1966 yang menjadi dasar larangan bagi PKI, yang dengan Tap MPR No.I/MPR/2003, ketentuan ini dinyatakan masih berlaku, dan peraturan perundangan lainnya).

Di sisi lain, Husni Thamrin²⁴⁴ (Tokoh Angkatan '66) menyatakan bahwa putusan MK ini akan membuat mereka makin bebas bergerak, lewat parpol baru yang mungkin akan mereka bentuk. Kalau mereka menjadi anggota Dewan, tentu akan bekerja keras untuk mendapatkan dukungan guna membentuk PKI baru. Ini yang harus diwaspadai. Husni menambahkan, setiap lembaga negara termasuk MK memang boleh saja memberikan penilaian terhadap situasi keamanan dan ketertiban umum untuk menentukan atau menghapuskan pembatasan, tetapi secara konstitusional yang diberi mandat sebagai pemegang kata akhir (*ultimate decision maker*) dalam hal ini adalah pembuat undang-undang (DPR dan Presiden). Dan senada dengan ini, Ismail Sunny²⁴⁵ (Pakar Hukum Tata Negara Universitas Indonesia) menyatakan tidak sependapat dengan putusan MK itu. Menurutnya, jika kondisi ekonomi masih labil, upaya rehabilitasi hak-hak tapol tidak bisa dilakukan.

Ketiga, Putusan Mahkamah Konstitusi No.012/PUU-I/2003 Perihal Pengujian Undang-Undang No.13 Tahun 2003 Tentang Ketenagakerjaan, terkait dengan pengujian formil terhadap prosedur pembuatan UU Ketenagakerjaan, yang menurut pemohon tidak ada naskah akademisnya—yang menimbulkan kecurigaan pihak pemohon adanya ‘pesan sponsor’ dalam pembuatan Rancangan Undang-Undang No.13 tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan itu. Di samping itu juga, pemohon mengajukan pengujian materiil terhadap beberapa pasal di dalam UU Ketenagakerjaan itu. Pada amar putusannya, MK menyatakan permohonan dikabulkan sebagian, yaitu membatalkan Pasal 158 UU Ketenagakerjaan bertentangan dengan UUD 1945.

²⁴⁴ Ibid Soedarsono, dikutip dari Suara Merdeka, 1 Maret 2004.

²⁴⁵ Ibid, Soedarsono, dikutip dari Todung Mulya Lubis, *Putusan Mahkamah Konstitusi, Perkara No.11/PUU-I/2003 Dari Perspektif Hukum Hak Azasi Manusia Internasional*, Jurnal Konstitusi, Volume 1 Nomor 1, Juli 2004.

Terhadap putusan ini, Erman Suparno²⁴⁶ (Menteri Tenaga Kerja dan Transmigrasi) menyatakan bahwa, sehubungan dengan putusan MK itu, untuk memberikan kejelasan bagi masyarakat, Pemerintah memandang perlu menerbitkan edaran, yang kemudian lahir Surat Edaran Menakertrans No.13/Men/SJ-HK/I/2005 tanggal 7 Januari 2005. Dengan putusan MK itu, Pasal 158 UU Ketenagakerjaan tidak lagi digunakan sebagai dasar atau acuan dalam penyelesaian kasus PHK karena pekerja melakukan kesalahan berat. PHK baru dilakukan setelah ada putusan pidana yang berkekuatan hukum tetap. Apabila pekerja ditahan pihak berwajib dan tidak dapat menjalankan tugasnya, maka diberlakukan Pasal 160 UU Ketenagakerjaan.

Di samping itu, Anwar Ma'ruf,²⁴⁷ Ketua Umum Kongres Aliansi Serikat Buruh Indonesia (KASBI)—senada dengan Frans Hendra Winarta (Advokat dan Pengamat HAM)—menyambut baik keluarnya putusan MK dan SE Menakertrans No.SE-13/MEN/SJ-HK/I/2005 itu, namun menurutnya, secara makro negara masih minimalis untuk mewujudkan keberpihakan dan perlindungan pada buruh dan industri dalam negeri. Dia menambahkan, bahwa salah satu faktor penyebab rapuhnya industri nasional adalah kepastian hukum yang tidak jelas melindungi buruh.

Keempat, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada peristiwa peledakan Bom Bali tanggal 12 Oktober (*Pemberlakuan surat Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme*).

Pada amar putusannya, MK menyatakan : 1). Mengabulkan permohonan Pemohon untuk pengujian Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 tentang

²⁴⁶ Ibid Soedarsono, dikutip dari Erman Suparno, *Langkah dan Kebijakan Pemerintah Dalam Menyikapi Putusan MK tentang Pengujian UU Ketenagakerjaan*, (Makalah, disampaikan pada Seminar Implikasi Putusan MK tentang Pembatalan Pasal PHK oleh Pengusaha dalam UU Ketenagakerjaan), 14 Desember 2005.

²⁴⁷ Ibid Soedarsono, dikutip dari artikel : *PHK Karena Kesalahan Berat Harus Tunggu Putusan Pengadilan*, Hukumonline.com (15/12/2005).

Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, Pada Peristiwa Peledakan Bom Di Bali tanggal 12 Oktober 2002 Menjadi Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

2). Menyatakan bahwa Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom Di Bali Tanggal 12 Oktober 2002 Menjadi Undang-Undang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 46, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4285) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

3). Menyatakan bahwa Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme Pada Peristiwa Peledakan Bom Di Bali Tanggal 12 Oktober 2002 Menjadi Undang-Undang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 46, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4285) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Terhadap putusan ini, J. E. Sahetapy,²⁴⁸ Ketua Komisi Hukum Nasional (KHN) menyatakan bahwa, 1). Putusan MK tidak 'solid' dengan perbandingan 5 : 4. Lazimnya putusan demikian lemah, artinya tidak kuat. Lain misalnya berbanding 7 : 2 atau 6 : 3 (komposisi Hakim Konstitusi dalam putusan perkara); 2). Problem yuridis retroaktif bukan hanya domain Hukum Tata Negara, **semestinya melibatkan ahli-ahli hukum lainnya yang kompeten dari 3 (tiga) disiplin ilmu, yaitu Hukum Tata Negara, Hukum Pidana, dan Viktimologi.** Sehingga MK dapat mengambil kesimpulan yang objektif, jujur, benar dan adil.

²⁴⁸ Ibid Soedarsono, dikutip dari tulisan J.E. Sahetapy, *Anotasi Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi No.013/PUU-I/2003*, (Newsletter KHN, Vol.4 No.3 September-Oktober 2004, hal.21-22).

3). HAM seharusnya tidak ditafsirkan sepihak—melulu dari perspektif Hukum Tata Negara—tanpa memperhatikan konsep-konsep atau teori-teori dalam Hukum Pidana.

Selanjutnya, tidak berbeda jauh dengan itu, Ahsin Thohari,²⁴⁹ Kepala Divisi Advokasi Judicial Watch Indonesia menyatakan bahwa di dalam putusan ini, MK tidak melakukan improvisasi hukum. Mahkamah Konstitusi, katanya, terkungkung oleh ketentuan pelanggaran HAM berat yang terdapat dalam Statuta Roma tentang Mahkamah Pidana Internasional, yang menurutnya hanya meliputi tindak pidana genosida (*genocide*), tindak pidana terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*), tindak pidana perang (*crimes of war*) dan tindak pidana agresi (*crimes of aggression*). Padahal menurutnya, pemahaman terhadap asas retroaktif harus mengalami dinamisasi, mengingat kejahatan-kejahatan dengan akibat amat sofistikasi dari waktu ke waktu.

Dengan kata lain, Ahsin Thohari—senada dengan pendapat Sahetapy—melihat dalam putusan MK ini, tampak adanya **'kedangkalan pemahaman'**—untuk tidak dibilang, kurang memahami—konsep-konsep yang ada dalam Hukum Pidana. Dan hal ini tentu saja merupakan preseden yang buruk, dan perlu perhatian yang serius dari pihak MK untuk perbaikan di masa datang.

Kelima, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-II/2004 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 Tentang Advokat Terhadap UUD 1945, terkait dengan ketentuan Pasal 31-nya yang memberi sanksi pidana kepada setiap orang dan/atau badan hukum selain advokat, untuk bertindak seolah-olah sebagai advokat. Hal mana, menurut pemohon (Drs. Muhadjir Effendy, MAP, Rektor Universitas Muhammadiyah Malang yang membawahi Laboratorium Konsultasi dan Pelayanan Hukum Universitas Muhammadiyah Malang, LKPH-UMM), adalah suatu tindakan diskriminatif dan merugikan hak konstitusionalnya sebagai Kuasa Hukum kliennya dalam berperkara di pengadilan. Dan dalam amar putusannya, MK mengabulkan permohonan pemohon ini.

²⁴⁹ Ibid Soedarsono, dikutip dari www.hukumonline.com

Terhadap putusan ini, beberapa praktisi hukum memberikan tanggapan yang relatif senada, diantaranya Otto Hasibuan²⁵⁰ (Ketua Umum DPP IKADIN) menyatakan sangat menyesalkan putusan MK mengenai pengujian UU Advokat yang meniadakan sanksi pidana bagi orang yang mengaku advokat. Menurutnya, dengan dicabutnya Pasal 31 itu UU Advokat menjadi kehilangan kekuatannya. Padahal 'kekuatan' UU Advokat itu sebenarnya ada pada Pasal 31 itu.

Di samping itu, Denny Kailimang (Ketua DPP AAI dan Pengurus KKAI) menyatakan bahwa, **putusan MK ini telah merusak tatanan hukum yang ada di Indonesia**. MK tidak memahami alasan diaturnya Pasal 31 dalam UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat, dan harus tahu *memorie van toelichting*-nya dan perkembangannya di masyarakat. Itu yang harus digali MK, kenapa timbulnya ketentuan itu. Dan seharusnya juga, jika dosen ingin menjadi advokat, seharusnya mengajukan judicial review ke MK mengenai ketentuan yang melarang Pegawai Negeri Sipil (PNS) menjadi advokat.

Di samping itu, Dorma H. Sinaga²⁵¹ (Ketua Umum Asosiasi Penasehat Hukum dan HAM Indonesia, APHI) menyambut baik putusan MK itu. Menurutnya, putusan tersebut dinilai akan dapat membawa dampak yang lebih baik bagi pengacara publik dan Hak Asasi Manusia. Namun dia juga tidak menampik adanya kekhawatiran bahwa pihak-pihak tertentu yang akan mengambil keuntungan dari kekosongan ketentuan pidana di dalam UU Advokat itu.

Keenam, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 066/PUU-II/2004 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1987 Tentang Kamar Dagang Dan Industri Dan UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi Terhadap UUD 1945 (Pengujian Undang-Undang sebelum perubahan pertama UUD 1945 dan konstusionalitas satu wadah Kamar Dagang dan Industri). Pada amar putusannya, MK mengabulkan permohonan pemohon untuk sebagian dengan menyatakan bahwa Pasal 50 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2004 Tentang Mahkamah Konstitusi bertentangan dengan UUD 1945 serta tidak

²⁵⁰ Ibid Soedarsono, dikutip dari www.hukumonline.com dan Suara Karya, 17 Desember 2004.

²⁵¹ Ibid Soedarsono, dikutip dari www.hukumonline.com, (14/12/2004)

mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Selanjutnya menolak permohonan pemohon sepanjang menyangkut Pasal 4 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1987 tentang Kamad Dagang dan Industri.

Terhadap putusan MK ini, Asep Rahmat Fajar²⁵² (Ketua Masyarakat Pemantau Peradilan (MAPI) menilai MK tidak konsisten dengan pendapat sebelumnya pada perkara No. 069/PUU-II/2004 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (UU KPK) Terhadap UUD 1945. Sebagaimana diketahui, pada putusan perkara tentang KPK itu, MK berpendapat bahwa UU KPK itu hanya berlaku pada kasus-kasus korupsi setelah diundangkannya UU KPK, dan tidak berlaku untuk kasus-kasus korupsi sebelum diundangkannya UU KPK itu.

Sedangkan, pada putusan perkara Nomor 066/PUU-II/2004 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1987 Tentang Kamar Dagang Dan Industri Dan UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi Terhadap UUD 1945 ini, MK memperbolehkan lembaganya untuk melakukan uji materiil terhadap semua UU tanpa batasan waktu. Ambivalensi ini menurut Asep, akan membahayakan bagi penegakan hukum di Indonesia dan menurunkan kepercayaan publik. “Kalau berdasarkan pengalaman bahwa KPK hanya berwenang ke depan, sementara sekarang MK meskipun sudah diatur dalam UU, dibatalkan dan dibilang berwenang mundur ini menjadi inkonsistensi,” ungkap Ketua MAPI itu.

Senada dengan itu, Bambang Widjojanto²⁵³ (Mantan Direktur YLBHI) menyatakan, putusan MK tersebut akan dinilai oleh masyarakat bahwa MK hanya mementingkan dirinya sendiri. Jika MK bisa berwenang untuk menangani UU yang dilahirkan pada masa lalu, MK juga seharusnya ‘merestui’ dilakukannya hal tersebut pada lembaga lainnya. Meski demikian, di sisi lain, Bambang juga mengaku setuju terhadap pencabutan Pasal 50 UU MK itu. Pasalnya menurut dia, banyak masalah di masa lalu yang belum terselesaikan bisa diselesaikan dengan cepat.

²⁵² Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Sinar Harapan, 13 April 2005

²⁵³ Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Sinar Harapan, 13 April 2005

Ketujuh, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 069/PUU-II/2004 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (UU KPK) Terhadap UUD 1945, terkait dengan pemberlakuan asas retroaktif yang dapat saja diterapkan berdasarkan ketentuan dalam Pasal 68 UU KPK yang tidak dikenal di dalam UUD 1945, khususnya Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 yang menganut asas non-retroaktif. Pada amar putusannya, MK menyatakan permohonan pemohon ditolak.

Terhadap putusan MK ini, Taufiqurrahman Ruki²⁵⁴ (Mantan Ketua KPK) menyatakan, ada putusan MK yang harus dipuji menyangkut perkara No. 69/PUU-II/2004. Aneka pertimbangan putusan mencerminkan, hakim-hakim MK amat profesional. **Tetapi, ada bagian yang menyiratkan, MK kehilangan jati dirinya.** Lanjutnya, MK telah *over act*, menuangkan pendapat yang tidak berkaitan dengan tujuan persidangan. Pada saat MK sampai pada kesimpulan bahwa pemohon perkara ini (Bram H.D.Manoppo) tidak memiliki legal standing sebagai pemohon perkara ini, seharusnya perkara ditutup dengan putusan permohonan pemohon tidak diterima. Namun, MK terus menuangkan pendapatnya—yang sebenarnya tidak perlu—bahwa “MK berpendapat bahwa Pasal 68 UU KPK tidak mengandung asas retroaktif meski KPK dapat mengambil alih penyelidikan, penyidikan dan penuntutan terhadap tindak pidana yang dilakukan setelah diundangkannya UU KPK.

Meski demikian, Taufiqurrahman Ruki menambahkan, antara MK dan KPK mempunyai penafsiran berbeda tentang asas retroaktif atau non-retroaktif menyangkut tugas dan kewenangan KPK. Perbedaan itu terbatas dalam bentuk pendapat. Dan dalam dunia hukum dikenal istilah, *twee juristen, drie mening* sehingga perbedaan itu adalah persoalan biasa dan tidak perlu dipertengkarkan [?].

Di samping itu, Romli Atmasasmita dkk., yang tergabung dalam Forum Pemantau Pemberantasan Korupsi (FORUM 2004),²⁵⁵ menyatakan : 1). Putusan MK ini telah menimbulkan berbagai pendapat dan penafsiran yang simpang siur dan rancu sehingga menimbulkan keresahan tentang kebenaran materiil dari

²⁵⁴ Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Kompas, 10 Maret 2005.

²⁵⁵ Ibid Soedarsono, dikutip dari <http://www.forum2004.portalhukum.com>

substansi putusan MK; 2). Putusan MK ini disusun kurang cermat dan kurang teliti serta mencerminkan inkonsistensi bahkan bertentangan antara pertimbangan-pertimbangan hukum dan amar putusan. 3). Putusan MK ini terkesan tidak transparan dan menutup-nutupi proses permusyawaratan majelis hakim MK yang sebenarnya terjadi; 4). Senada dengan Taufiqurrahman Ruki, FORUM menyatakan bahwa dengan tidak diterimanya legal standing pemohon (*niet ontvankelijk verklaard*), seharusnya Majelis MK tidak perlu memeriksa pokok perkara;

5). MK telah membuat kekeliruan dalam menafsirkan ketentuan Pasal 68 UU No. 30 tahun 2002 tentang KPK yang dikaitkan dengan Pasal 70 dan Pasal 72 sehingga menghasilkan kesimpulan yang tidak tepat dan menyesatkan; 6). MK tidak konsisten dalam pertimbangan hukumnya, yaitu di satu sisi menegaskan bahwa penerapan UU bukan menjadi wewenang MK, tetapi di sisi lain MK justru menegaskan sebaliknya, yaitu dengan menyatakan antara lain bahwa Pasal 68 UU KPK tidak mengandung asas retroaktif. Walaupun KPK dapat mengambil penyelidikan, penyidikan dan penuntutan terhadap perkara pidana yang dilakukan setelah diundangkannya UU KPK sampai terbentuknya KPK.

7). Dalam mempertimbangkan Pasal 28I UUD 1945, Majelis MK telah tidak melaksanakan penafsiran secara sistematis dan historis. FORUM 2004 sangat menyesalkan bahwa pertimbangan MK sama sekali tidak mengaitkan ketentuan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 dengan ketentuan Pasal 28 J UUD 1945. Dengan demikian penerapan Pasal 68 UU No. 30 tahun 2002 tentang KPK, tidak bertentangan dengan Pasal 28 I UUD 1945. 8). Putusan MK ini tidak sejalan dengan komitmen bangsa Indonesia untuk memberantas korupsi yang merupakan salah satu sumber kemiskinan di Indonesia.

Kedelapan, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 072-073/PUU-II/2004 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah (UU Pemda) Terhadap UUD 1945, terkait dengan pemberlakuan beberapa pasal di dalam UU Pemda itu yang berpotensi menyebabkan tidak terselenggaranya pemilu kepala dan wakil kepala daerah yang demokratis, langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil sehingga para

pemohon (Yayasan Pusat Reformasi Pemilu (Cetro) (Pemohon I); 2. Yayasan Jaringan Masyarakat Pemantau Pemilu Indonesia (Jamppi) (Pemohon II); 3. Yayasan Jaringan Pendidikan Pemilih untuk Rakyat (JPPR) (Pemohon III); 4. Yayasan Penguatan Partisipasi, Inisiatif, dan Kemitraan Masyarakat Indonesia (Yappika) (Pemohon IV); 5. Indonesian Corruption Watch (ICW) dan Ketua KPU Provinsi DKI Jakarta, Muhammad Taufik dkk.) merasa hak konstitusionalnya dirugikan.

Pada amar putusannya, MK memutuskan mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian. Dengan demikian maka Pasal 57 ayat (1) sepanjang anak kalimat “... yang bertanggung jawab kepada DPRD”; Pasal 66 ayat (3) huruf e “meminta pertanggungjawaban pelaksanaan tugas KPUD”; Pasal 67 ayat (1) huruf e sepanjang anak kalimat “... kepada DPRD”; Pasal 82 ayat (2) sepanjang anak kalimat “... oleh DPRD” UU Pemda bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Sedangkan, untuk permohonan lainnya, Mahkamah memutuskan untuk menolak permohonan para Pemohon untuk selebihnya.

Terhadap putusan ini, Smita Notosusanto²⁵⁶ (Peneliti Senior Pusat Reformasi Pemilu (CETRO)) menilai putusan MK ini **’luar biasa banci’!** Di satu sisi menolak pilkada adalah pemilu, di sisi lain mengamanatkan penyelenggaraan pilkada berdasarkan asas-asas pemilu sesuai UUD 1945. Smita pun mempertanyakan pihak mana yang bisa merepresentasikan **’publik’** yang menjadi tempat KPUD bertanggung jawab.

”Putusan ini justeru membuat kacau dan semakin menghancurkan seluruh aspek pelaksanaan pilkada. Hakim tidak datu spirit UUD 1945 yang ingin semua pemilu sama. Anak SD pun kalau ditanya pilgub itu pemilu atau bukan, mereka akan jawab itu pemilu. Nah, jadi kalau sejumlah profesor hukum tidak bilang begitu, ya saya pertanyakan kualifikasi mereka,” katanya se usai sidang. Bahkan Smita menduga kuat adanya pengaruh dan tekanan dari pemerintah dalam proses pembuatan putusan itu.

²⁵⁶ Ibid Soedarsono, dikutip dari <http://www.sarwono.net>

Kesembilan, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-III/2005 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah (UU Pemda) Terhadap UUD 1945, terkait dengan Penjelasan Pasal 59 ayat (1) UU Pemda terhadap Pasal 18 ayat (4), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan (3), Pasal 28I ayat (2), (4) dan (5) UUD 1945. Pada amar putusannya, MK menyatakan :1). Penjelasan Pasal 59 ayat (1) Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah bertentangan dengan UUD 1945; dan 2). Penjelasan Pasal 59 ayat (1) Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah bertentangan dengan UUD 1945, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Terhadap putusan MK ini, Refly Harun (Dosen Universitas Indonesia Esa Unggul) menyatakan, ada segudang sukacita, tetapi ada pula segunung kekecewaan terhadap putusan pengujian UU Pemda itu. Sukacita, karena MK telah mengabulkan permohonan yang diharapkan dapat memperkuat demokrasi lokal dalam konteks pemilihan kepala daerah (Pilkada) secara langsung. Kecewa, karena putusan MK terasa seperti setengah-setengah, kompromistis, tanggung, tidak tuntas, bahkan ada yang mengatakan “banci”.

Di samping itu, menurut Ray Rangkuti²⁵⁷ (Direktur KIPP Indonesia), terkait dengan keputusan yang menjadi dasar hukum bagi partai politik atau gabungan partai politik yang sama sekali tidak memperoleh kursi di DPRD tetapi memiliki akumulasi perolehan suara yang jika dikonversi dalam bentuk kursi dapat mencapai 15 persen kursi di DPRD, yang dengannya memperoleh hak untuk mengajukan usulan pasangan calon kepala/wakil kepala daerah, patut diberi apresiasi. Tetapi di sisi lain, putusan ini juga mengundang persoalan baru, baik secara substantif maupun teknis. Persoalan substantif berkenaan dengan keputusan yang mengandung materi gugatan, sedangkan teknis berkenaan dengan implementasi bunyi substansi UU yang berubah.

Selanjutnya, Ray Rangkuti menyimpulkan bahwa letak inkonsistensi MK adalah, walaupun MK dalam pertimbangannya menyatakan bahwa putusannya bertumpu pada empat dasar, yaitu : 1). **Pentingnya menjaga**

²⁵⁷ Ibid Soedarsono, dikutip dari tulisan Ray Rangkuti, *Putusan MK Yang Membingungkan*, <http://www.prakarsa-rakyat.org>

independensi KPUD, 2). Pentingnya menjamin kualitas pilkada langsung di daerah, 3). Pentingnya menerapkan asas pemilu; jujur, adil dan demokratis, 4). Bahwa lembaga politik akan berpotensi mengintervensi penyelenggaraan pilkada langsung lewat kekuatannya yang ada di DPRD, tetapi justru di dalam putusannya, MK tidak sedikitpun memberikan penjelasan hukum dan terkesan mengabaikan kekhawatiran para pemohon akan adanya potensi intervensi pemerintah dalam pilkada. Padahal menurut Rangkuti, hal ini adalah sesuatu yang paling sering terjadi pada saat pilkada.

Kesepuluh, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 026/PUU-III/2005 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2005 Tentang Anggaran Pendapatan Dan Belanja Negara Tahun 2006 Terhadap UUD 1945, terkait dengan alokasi anggaran pendidikan kurang dari 20% APBN yang menurut pemohon (Pengurus Besar PGRI, Pengurus Ikatan Sarjana Pendidikan Indonesia (ISPI), Yayasan Nurani Dunia, M. Arif Pribadi Prasodjo, Drs. Oeng Rosliana, dkk.), bertentangan dengan Pasal 31 ayat (4) UUD 1945.

Pada amar putusannya, MK menyatakan pemohon III dan IV tidak dapat diterima dan menyatakan pemohon I,II, dan V dikabulkan untuk sebagian. Dengan kata lain, MK berpendapat bahwa permohonan para Pemohon I, II, dan V cukup beralasan sepanjang menyangkut jumlah/persentase anggaran pendidikan dalam APBN 2006 sebagai batas tertinggi, karena bertentangan dengan UUD 1945, sehingga permohonan para Pemohon I, II, dan V harus dikabulkan sebagian. Sedangkan para Pemohon III dan IV, oleh karena tidak memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) yang cukup, permohonan para Pemohon III dan IV harus dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).

Terhadap putusan MK ini, Prof. Arifin Soeria Atmadja²⁵⁸ (Guru Besar Hukum Keuangan Negara Universitas Indonesia) menyatakan bahwa Putusan MK terkait permohonan PGRI dan Ikatan Sarjana Pendidikan Indonesia soal anggaran pendidikan dalam APBN 200 adalah tidak sah. Alasannya, secara yuridis pihak pemohon tidak mempunyai kedudukan hukum atau *Legal Standing* yang menjadi

²⁵⁸ Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Kompas, 21 April 2006

dasar mengajukan permohonan. Arifin menambahkan, tidak ada kerugian konstitusional yang dialami pemohon akibat berlakunya UU APBN 2006.

Di samping itu, Heri Akhmadi²⁵⁹ (Anggota Komisi X DPR RI) menyatakan bahwa sudah ada kesepakatan antara pimpinan DPR, pimpinan fraksi, dan Panitia Anggaran DPR untuk mematuhi putusan MK ini. Menurut Heri, kesepakatan itu merupakan keputusan politik yang harus direalisasikan karena sudah diperkuat melalui keputusan hukum, dan kalau Pemerintah mau konsekuen dengan UUD 1945, sebenarnya alokasi anggaran pendidikan minimal 20 persen bisa terpenuhi, lanjut Heri.

Kesebelas, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 001/PUU-IV/2006 Perihal Pengujian Pasal 106 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah dan Putusan Mahkamah Agung No.01 PK/PILKADA/2005, dan Putusan No.02/SKLN-IV/2006 Tentang Sengketa Kewenangan Lembaga Negara Terhadap KPUD Kota Depok. Di dalam perkara ini, pemohon (Badrul Kamal dan Syihabuddin Ahmad), mengajukan *judicial review* terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor 01 PK/PILKADA/2005 yang isinya pembatalan Putusan Pengadilan Tinggi Jawa Barat Nomor 01/PILKADA/2005/PT Bandung. Putusan Mahkamah Agung tersebut dianggap merugikan hak konstitusional Pemohon karena membatalkan Putusan Pengadilan Tinggi Jawa Barat yang memenangkan Pemohon untuk menjadi Walikota dan Wakil Walikota Depok. Pemohon juga mendalilkan bahwa *judicial review* terhadap Putusan Mahkamah Agung bisa diajukan karena Putusan Mahkamah Agung, setelah menjadi yurisprudensi, setara dengan undang-undang. Dalam amar putusannya, MK menyatakan permohonan pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).

Terhadap putusan MK ini, Topo Santoso²⁶⁰ (Dosen Fakultas Hukum Universitas Indonesia) menyatakan bahwa, dengan putusannya itu, MK menempatkan dirinya sebagai salah satu pihak—selain KPUD dan Mahkamah Agung—yang berperan ‘menyelematkan’ suara rakyat dalam Pilkada Depok. MK

²⁵⁹ Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Kompas, 8 Mei 2006

²⁶⁰ Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Republika, 3 Februari 2006

berperan besar dengan menolak permohonan pengujian undang-undang dan sengketa kewenangan yang diajukan. Dengan putusan ini, MK tidak saja mendudukan masalah secara benar, tetapi juga mendorong para pihak—terutama yang pihak kalah berkompetisi dalam Pilkada—untuk mematuhi hukum dan menerimanya dengan legowo—kekalahannya itu—lanjut Topo.

Berbeda dengan Topo Santoso, Baban Suhaimi²⁶¹ (Anggota Fraksi Partai Golkar DPRD Depok) menanggapi putusan MK itu sebagai putusan yang amat menyakitkan Fraksi Partai Golkar. “Keputusan itu sesungguhnya menyakitkan Fraksi Partai Golkar, DPD Golkar dan seluruh pendukung BK-SA (Badrul Kamal dan Syihabuddin Ahmad),” katanya. Meskipun begitu, dia menyatakan bahwa keputusan MK itu harus dipatuhi.

Keduabelas, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-IV/2006 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial Dan UU No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman Terhadap UUD 1945. Pemohon yang terdiri dari 31 (tiga puluh satu) Hakim Agung pada Mahkamah Agung RI menganggap hak dan kewenangan konstitusional mereka dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004, khususnya yang berkaitan dengan “pengawasan hakim” yang diatur dalam Bab III Pasal 20 dan Pasal 22 ayat (1) huruf e dan ayat (5) serta berkaitan dengan “usul penjatuhan sanksi” yang diatur dalam Pasal 21, Pasal 23 ayat (2) dan ayat (3) serta ayat (5), Pasal 24 ayat (1) dan Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) dihubungkan dengan Bab I Pasal 1 butir 5 undang-undang tersebut.

Pada amar putusannya, MK menyatakan permohonan para pemohon dikabulkan untuk sebagian, yaitu : menyatakan bahwa Pasal 1 angka 5 sepanjang mengenai kata-kata “hakim Mahkamah Konstitusi”, Pasal 20, Pasal 21, Pasal 22 ayat (1) huruf 3, Pasal 22 ayat (5), Pasal 23 ayat (2), ayat (3) dan Pasal 23 ayat (5), Pasal 24 ayat (1) sepanjang mengenai kata-kata “dan/atau Mahkamah Konstitusi”, Pasal 25 ayat (3) sepanjang mengenai kata-kata “dan/atau Mahkamah Konstitusi” dan ayat (4) sepanjang mengenai kata-kata “dan/atau Mahkamah Konstitusi”, dan Pasal 34 ayat (3), bertentangan dengan UUD 1945.

²⁶¹ Ibid Soedarsono, dikutip dari <http://www.monitordepok.com>

Terhadap putusan MK ini, Prof. Ismail Sunny²⁶² (Guru Besar Emeritus Fakultas Hukum Universitas Indonesia) menyatakan bahwa secara konstitusi, keputusan MK itu dapat dibenarkan. Namun apakah masyarakat cukup puas karena putusan MK justru menyebabkan tidak adanya kontrol terhadap kekuasaan kehakiman. Ismail Sunny juga meminta Pemerintah dan DPR segera mencari jalan keluar pasca putusan MK. Kontroversi muncul karena ada kekecewaan atas tidak adanya lagi mekanisme pengawasan hakim.

Pendapat berbeda dengan nada yang agak tendensius, Denny Indrayana (Dosen Fakultas Hukum UGM) menyatakan bahwa putusan MK ini akan membuat mafia peradilan semakin marak. Lonceng kematian reformasi berdentang kencang gara-gara putusan MK ini. Inilah kesekian kalinya MK menggunakan dalil ketidakpastian hukum untuk membatalkan suatu undang-undang. Sayangnya, penerapan dalih itu tak jarang bertabrakan dengan prinsip kemanfaatan hukum dan keadilan hukum.²⁶³

Di samping itu, O.C. Kaligis²⁶⁴ (Advokat Senior, Pengacara Pemohon) berpendapat bahwa putusan MK yang menghapuskan peran KY untuk melakukan pengawasan hakim perlu direnungkan. Menyimak pula pertimbangan dua kasus yang diungkapkan dalam pertimbangan hakim, yaitu kasus DL Sitorus dan Neloe di PN Jakarta Selatan. Dari kedua kasus tersebut, KY telah mencampuri substansi pengadilan. Sebaliknya, untuk kasus *walk out* tiga orang hakim Pengadilan Tipikor, KY yang semestinya memberikan sanksi justru memberikan justifikasi. Tanpa menimbulkan kontroversi, menurut O.C. Kaligis, posisi MK sudah jelas. Sebelum KY memasang kaca mata pengawasan, rumuskan dulu *judicial ethics*. Karena pengawasan yang paling utama bukanlah eksternal, melainkan moral, etika dan integritas hakim-hakim itu sendiri.

Ketigabelas, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi Terhadap UUD 1945. Ketentuan yang

²⁶² Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Kompas, 28 Agustus 2006

²⁶³ Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Kompas, 28 Agustus 2006

²⁶⁴ Ibid Soedarsono, dikutip dari Kata Pengantar untuk bukunya yang berjudul Mahkamah Agung vs Komisi Yudisial di Mahkamah Konstitusi, (Jakarta : OC Kaligis & Associates, 2006).

diuji adalah Pasal 2 ayat (1), Penjelasan Pasal 2 ayat (1), Pasal 3, Penjelasan Pasal 3 (sepanjang menyangkut kata “dapat”), dan Pasal 15 (sepanjang mengenai kata “percobaan”) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi” bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) Undang Undang Dasar 1945 menyangkut prinsip kepastian hukum perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Pada amar putusannya, MK menyatakan mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian, yaitu : menyatakan bahwa Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, sepanjang frasa yang berbunyi, “Yang dimaksud dengan ‘secara melawan hukum’ dalam Pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana,” bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

MK juga dalam putusannya itu menyatakan bahwa Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, sepanjang frasa yang berbunyi, “Yang dimaksud dengan ‘secara melawan hukum’ dalam Pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam

masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana” tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Terhadap putusan MK ini, Abdul Rahman Saleh²⁶⁵ (Mantan Jaksa Agung RI) menyatakan putusan itu mempersulit upaya pemberantasan korupsi. Sedangkan Taufiqurrahman Ruki²⁶⁶ (Mantan Ketua KPK RI), menilai putusan MK itu menunjukkan adanya ”perlawanan balik” dari para koruptor. Di samping itu, Adnan Buyung Nasution²⁶⁷ (Praktisi Hukum Senior dan Dewan Pendiri YLBHI) menyatakan bahwa putusan itu menggambarkan pandangan hukum para hakim MK yang agak sempit. Terlalu formal legalistik dan hanya melihat unsur kesalahan itu pada ada atau tidak adanya peraturan perundang-undangan. Padahal menurut ’Abang’ Buyung, di samping norma hukum tertulis, ada pula kesusilaan, kepatutan dan kelayakan sebagai bagian tradisi dalam praktik hukum yang menjadi yurisprudensi Mahkamah Agung dari zaman dulu hingga sekarang. ”Kalau dihilangkan unsur perbuatan melawan hukum dalam arti tidak adil, tidak layak, dan tidak pantas, maka hukum menjadi sempit,” tukas Buyung.

Keempatbelas, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-IV/2006 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2004 Tentang Komisi Kebenaran Dan Rekonsiliasi (UU KKR) Terhadap UUD 1945. Ketentuan yang diuji adalah Pasal 1 Angka 9, Pasal 27, dan Pasal 44 Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), serta Pasal 28I ayat (2) dan (5) menyangkut prinsip kepastian hukum dan perlakuan yang sama di hadapan hukum. Pada amar putusannya, MK menyatakan mengabulkan permohonan para Pemohon dengan menyatakan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 27 Tahun 2004 Tentang Komisi Kebenaran Dan Rekonsiliasi bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945, dan selanjutnya menyatakan bahwa Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran Dan Rekonsiliasi tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

²⁶⁵ Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Kompas, 27 Juli 2006

²⁶⁶ Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Kompas, 27 Juli 2006

²⁶⁷ Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Kompas, 31 Juli 2006

Terhadap putusan MK ini, Asvi Marwan Adam²⁶⁸ dari Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (LIPI) menganggap pembatalan UU KKR dengan keluarnya putusan MK ini, membuat penegakan Hak Asasi Manusia semakin buram dan mendapat hambatan dan rintangan. Keberadaan UU KKR merupakan perjuangan korban dan pegiat Hak Asasi Manusia. Dengan pembatalan UU KKR itu, Pemerintah tidak memiliki sikap, padahal saat ini pemerintah tidak memiliki keseriusan menyelesaikan pelanggaran Hak Asasi Manusia dengan bukti Kejaksaan Agung sering mengembalikan berkas.

Di samping itu, Budayawan Taufiq Ismail²⁶⁹ menyambut baik putusan MK itu. Dia menilai, pembentukan KKR merupakan bentuk kepintaran rekayasa penganut paham komunis gaya baru. Mereka bertopengan HAM dan Demokrasi, berupaya memposisikan Umat Islam sebagai tertuduh. Dan dengan pembatalan ini, habis pula riwayat KKR. Sementara itu, Asmara Nababan²⁷⁰ (Aktivis HAM dan Mantan Sekjen Komnas HAM) menyatakan bahwa putusan MK itu sudah tepat. Sebab menurutnya, dari segi standar internasional, UU KKR memang kurang memadai. Dan untuk mengisi kekosongan hukum, Asmara mengusulkan Pemerintah menerbitkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU), atau masyarakat membuat sendiri mekanisme KKR.

Kelimabelas, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) Terhadap UUD 1945. Perkara 012/PUU-IV/2006 terkait dengan pengujian Pasal 6 huruf c UU KPK mengenai kekuasaan KPK dalam melakukan pemberantasan korupsi bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 mengenai jaminan, perlindungan dan kepastian hukum; dan Pasal 12 ayat (1) huruf a UU KPK mengenai wewenang KPK melakukan penyadapan bertentangan dengan Pasal 28F UUD 1945 mengenai hak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi.

Perkara 016/PUU-IV/2006 terkait dengan pengujian Pasal 1 Angka 3, Pasal 2, Pasal 3, Pasal 11 huruf b, Pasal 12 ayat (1) huruf a, Pasal 20, Pasal 40,

²⁶⁸ Ibid Soedarsono, dikutip dari <http://www.sinarharapan.co.id>

²⁶⁹ Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Republika, 08 Desember 2006

²⁷⁰ Ibid Soedarsono, dikutip dari Majalah Tempo, edisi 18-24 Desember 2006.

dan Pasal 53 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi mengenai kekuasaan KPK dan kedudukan pengadilan tindak pidana korupsi, bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 24 ayat (1) dan (2), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945 mengenai prinsip Negara hukum, kekuasaan kehakiman, hak atas persamaan di depan hukum, jaminan perlindungan dan kepastian hukum, serta hak bebas dari perlakuan yang diskriminatif. Dan Perkara Nomor 019/PUU-IV/2006 terkait dengan Pasal 72 UU KPK mengenai pemberlakuan UU KPK bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 mengenai jaminan pengakuan persamaan dihadapan hukum dan perlindungan hukum.

Di dalam amar putusannya, MK menyatakan : 1). Permohonan Pemohon II dikabulkan untuk sebagian; yaitu menyatakan bahwa Pasal 53 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 137, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4250) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. 2). Bahwa Pasal 53 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 137, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4250) tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat sampai diadakan perubahan paling lambat 3 (tiga) tahun terhitung sejak putusan ini diucapkan, 3). Permohonan Pemohon II ditolak untuk selebihnya, 4).Permohonan Pemohon I ditolak untuk seluruhnya, 5). Permohonan Pemohon III ditolak untuk seluruhnya.

Terhadap putusan MK ini, Indriyanto Seno Adji²⁷¹ (Dosen Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia) menyatakan bahwa sebelumnya pengadilan tindak pidana korupsi memang memiliki standar ganda prosedural, sehingga menimbulkan pendapat adanya diskriminasi mekanisme hukum. Kehendak MK memperkuat legalitas pengadilan ad hoc ini menimbulkan beragam pendapat. Di satu sisi, menghendaki adanya revisi penguatan legalitas pengadilan ad hoc Tipikor, dan di sisi lain, menganggap perlu adanya Perpu, dengan alasan

²⁷¹ Ibid Soedarsono, dikutip dari Majalah GATRA, No.6 Tahun XIII, edisi 1-7 Maret 2007.

korupsi merupakan kejahatan luar biasa pula. MK—dengan putusan ini—justeru menghindari dualisme peradilan korupsi dalam satu wadah peradilan umum, yaitu dengan mengamankan perlunya penguatan legalitas pengadilan khusus.

Di samping itu, Prof. Romli Atmasasmita²⁷² (Guru Besar Hukum Pidana Internasional Universitas Padjadjaran yang sampai pembuatan tesis ini tersandung kasus korupsi di Departemen Hukum dan HAM RI), menyatakan sebaiknya seluruh energi kita diarahkan kepada bagaimana mewujudkan suatu Pengadilan Tipikor yang ampuh dan berdaya guna dalam lingkup Peradilan Umum (Pasal 15 UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman). Putusan MK itu wajib dihormati dan dilaksanakan karena majelis hakim telah melaksanakan tugasnya sesuai dengan undang-undang pembentukannya yang sudah disetujui DPR dan Pemerintah, termasuk putusan yang *final and binding*.

Keenambelas, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013-022/PUU-IV/2006 Perihal Pengujian Pasal-Pasal Penghinaan Dalam KUHP Terhadap UUD 1945, terkait dengan pengujian Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 KUHP mengenai Penghinaan terhadap Presiden dan/atau Wakil Presiden Republik Indonesia bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 menyangkut prinsip persamaan kedudukan di dalam hukum dan pemerintahan, Pasal 28 jo. Pasal 28 E ayat (2) dan (3) UUD 1945 menyangkut prinsip mengeluarkan pendapat, Pasal 28F menyangkut prinsip memperoleh informasi, serta Pasal 28J menyangkut prinsip penghormatan terhadap hak asasi orang lain.

Dalam amar putusannya, MK menyatakan bahwa permohonan para pemohon dikabulkan untuk seluruhnya, dengan kata lain menyatakan bahwa Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan selanjutnya menyatakan Pasal 134, Pasal 136 bis, dan Pasal 137 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

²⁷² Ibid Soedarsono, dikutip dari stasiun televisi RCTI, “Urgensi Pengadilan Tipikor” dalam *Seputar Indonesia*, 1 Februari 2007.

Terhadap putusan MK ini, Rudi Satryo Mukantardjo²⁷³ (Ahli Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Indonesia) menyatakan menyambut positif putusan itu. Menurut Rudi, seharusnya pasal-pasal karet itu sudah dihapuskan sejak dulu. Karena, selama ini dalam praktiknya sering disalahartikan oleh para penegak hukum. Kesalahan aparat penegak hukum karena terlalu mengikuti kepentingan penguasa.

Selanjutnya Effendy Ghozali²⁷⁴ (Koordinator Program Magister Komunikasi Politik Universitas Indonesia) menyatakan terima kasih kepada MK yang telah menorehkan tinta emas dalam Demokratisasi Indonesia. Ini bukan hanya kemenangan pengaju uji materi (Pengacara Eggy Sudjana dan Pandopotan Lubis). Dalam konteks ilmiah mutakhir, putusan MK itu adalah kemenangan bagi Demokrasi Indonesia, DPR, para aktivis yang telah dan pernah terjerembab di penjara—disebabkan penerapan pasal-pasal karet itu—ilmu Komunikasi Politik, serta bahkan bagi Presiden sendiri.

Ketujuhbelas, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 004/PUU-V/2007 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran (UU PK) Terhadap UUD 1945. Perkara ini berkaitan dengan pengujian Pasal 37 ayat (2), Pasal 75 ayat (1), Pasal 76, Pasal 79 huruf a, dan Pasal 79 huruf c Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran mengenai ketentuan tentang pembatasan tempat praktik kedokteran maksimal tiga tempat bertentangan dengan Pasal 28C ayat (1), Pasal 28C ayat (2), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28H ayat (1), dan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 menyangkut hak untuk memperoleh kepastian hukum dan terbebas dari rasa cemas dan ketakutan dalam menjalankan praktik kedokteran, hak untuk melakukan pelayanan kesehatan bagi masyarakat, serta hak untuk memperoleh pelayanan kesehatan dari profesi kedokteran.

Di dalam amar putusannya, MK menyatakan : 1). Permohonan para Pemohon dikabulkan untuk sebagian; 2). Pasal 75 ayat (1) dan Pasal 76 sepanjang mengenai kata-kata “penjara paling lama 3 (tiga) tahun atau” dan Pasal 79

²⁷³ Ibid Soedarsono, dikutip dari Majalah GATRA, No.37 Tahun XIII, edisi 26 Juli - 1 Agustus 2007.

²⁷⁴ Ibid Soedarsono, dikutip dari Surat Kabar Kompas, 08 Desember 2006

sepanjang mengenai kata-kata “kurungan paling lama 1 (satu) tahun atau” serta Pasal 79 huruf c sepanjang mengenai kata-kata “atau huruf e” Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 116, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4431) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; 3). Pasal 75 ayat (1) dan Pasal 76 sepanjang mengenai kata-kata “penjara paling lama 3 (tiga) tahun atau” dan Pasal 79 sepanjang mengenai kata-kata “kurungan paling lama 1 (satu) tahun atau” serta Pasal 79 huruf c sepanjang mengenai kata-kata “atau huruf e” Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 116, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4431) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat; 4). Menolak permohonan para Pemohon untuk selebihnya.

Terhadap putusan MK ini, Prof. Wila Chandrawila²⁷⁵ (Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Katholik Parahyangan Bandung), menyatakan bahwa putusan MK ini dinilai sudah tepat. Menurutnya, tidak pada tempatnya seorang dokter yang tidak memiliki SIP (Surat Izin Praktik) dan STR (Surat Tanda Registrasi) lengkap dijatuhi sanksi pidana penjara, namun bukan berarti dokter tersebut tidak bisa dijerat sama sekali. Kalau seorang dokter memalsukan ijazah dalam proses pembuatan SIP, ia tetap bisa dipenjara.

Di samping itu, Tilly A.A. Hutapea-Rampen²⁷⁶ (Dosen Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya) menganggap sikap MK yang mengabulkan sebagian dari permohonan para pemohon sudah tepat, paling tidak sampai dapat diidentifikasi celan-celaan serta dapat diverifikasi kerugian-kerugian masyarakat akibat pelanggaran administratif yang dilakukan oleh tenaga medis. Meskipun demikian, menurut Tilly, MK juga seharusnya dapat menganulir kata “dengan sengaja” dalam suatu ketentuan pelanggaran administratif. Oleh karena tidak relevan membuktikan kesalahan dalam konteks ini, unsur-unsur kriminalisasi tidak dipenuhi ketentuan Pasal 75-80 UU PK yang berimplikasi pada tidak adanya

²⁷⁵ Ibid Soedarsono, dikutip dari <http://www.hukumonline.com>

²⁷⁶ Ibid Soedarsono, dikutip dari Tilly A.A. Hutapea-Rampen, *Ketentuan Pidana Dalam UU No. 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran: Kriminalisasi Atau Penalisasi?*, dalam Jurnal Konstitusi Vol.4 No.3, September 2007).

kualifikasi kejahatan dan pelanggaran. Namun terdapat kata “tindak pidana” yang terselip dalam Pasal 80 ayat (2) UU PK, sehingga terkesan ada kriminalisasi secara implisit. MK seharusnya berperan di sini, sehingga secara komprehensif, holistik menguji Pasal 75-80 UU PK.

Kedelapanbelas, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 005/PUU-V/2007 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah (UU Pemda) Terhadap UUD 1945, terkait dengan pengujian Pasal 56 ayat (2), Pasal 59 ayat (1), ayat (3), ayat (4), ayat (5) huruf a, ayat (5) huruf c dan Pasal 60 ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah mengenai ketentuan yang hanya membuka kesempatan bagi partai politik atau gabungan partai politik untuk mencalonkan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah bertentangan dengan Pasal 18 ayat (4), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1) dan (3), serta Pasal 28I ayat (2) UUD 1945 menyangkut hak untuk ikut dalam pencalonan kepala daerah dan wakil kepala daerah secara perseorangan tidak melalui jalur pencalonan oleh partai politik atau gabungan parpol.

Dalam amar putusannya, MK menyatakan : 1). mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian; 2). menyatakan pasal-pasal Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yang hanya memberi kesempatan kepada partai politik atau gabungan partai politik dan menutup hak konstitusional calon perseorangan dalam Pilkada, yaitu : Pasal 56 ayat (2); Pasal 59 ayat (1) sepanjang mengenai frasa “yang diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik”; Pasal 59 ayat (2) sepanjang mengenai frasa “sebagaimana dimaksud pada ayat (1)”; Pasal 59 ayat (3) sepanjang mengenai frasa “Partai politik atau gabungan partai politik wajib”, frasa “yang seluas-luasnya”, dan frasa “dan selanjutnya memproses bakal calon dimaksud”, bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

3). Pasal 56 ayat (2); Pasal 59 ayat (1) sepanjang mengenai frasa “yang diusulkan oleh partai politik atau gabungan partai politik”; Pasal 59 ayat (2) sepanjang mengenai frasa “sebagaimana dimaksud pada ayat (1)”; Pasal 59 ayat

(3) sepanjang mengenai frasa “Partai politik atau gabungan partai politik wajib”, frasa “yang seluas-luasnya”, dan frasa “dan selanjutnya memproses bakal calon dimaksud”, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. 4). Menolak permohonan Pemohon untuk selebihnya;

Terhadap putusan MK ini, Irgan Chairul Mahfiz²⁷⁷ (Sekjen Partai Persatuan Pembangunan) menyatakan kesannya bahwa putusan MK itu terburu-buru dan tidak melalui kajian komprehensif. Putusan itu merupakan upaya mendeparpolisasi dan mengeliminasi peran partai. Putusan itu akan semakin mendorong krisis kepercayaan kepada parpol. Kalau ada kalangan masyarakat yang menganggap parpol tidak mengakomodir kepentingan publik, mestinya direspon dengan mendorong ke arah perbaikan partai, bukan dilampiaskan dengan memunculkan calon independen.

Di samping itu, Faisal Basri (Ekonom Universitas Indonesia, dan pernah mengajukan diri sebagai calon independen sewaktu Pilkada DKI Jakarta) mengungkapkan, bahwa putusan MK itu hanya petunjuk agar parpol tidak lagi sewenang-wenang dan memperbaiki perekrutan pemimpin daerah.²⁷⁸ Bahkan lebih jauh lagi, Silvia Kurnia Dewi²⁷⁹ (Koordinator Divisi Advokasi Kebijakan dan Pengorganisasian Masyarakat Samitra Abhaya – Kelompok Perempuan Pro Demokrasi (SA KPPD), menyatakan bahwa putusan MK itu adalah merupakan sebuah terobosan atas proses demokratisasi di Indonesia. Dengan putusan ini, menurutnya, perseorangan dapat mengajukan diri menjadi calon kepala daerah, meskipun tidak diajukan oleh partai politik.

Kesembilanbelas, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 021-022/PUU-V/2007 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal Terhadap UUD 1945, terkait dengan Pasal 1 ayat (1), Penjelasan Pasal 3 ayat (1) huruf d. Pasal 4 ayat (2) huruf a, Pasal 8 ayat (1) dan ayat (3), Pasal 12 ayat (1) dan ayat (3), Pasal 21, Pasal 22 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal mengenai

²⁷⁷ Ibid Soedarsono, dikutip dari Majalah GATRA, No.37 Tahun XIII, edisi 26 Juli - 1 Agustus 2007.

²⁷⁸ Ibid Soedarsono, dikutip dari Majalah GATRA, No.37 Tahun XIII, edisi 26 Juli - 1 Agustus 2007.

²⁷⁹ Ibid Soedarsono, dikutip dari Majalah Surat Kabar Kompas, 30 Juli 2007.

inkonstitusional perpanjangan di muka terhadap hak atas tanah dalam Undang-Undang Penanaman Modal bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 28A, Pasal 28C ayat (1) dan ayat (2), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (1) dan ayat (3), Pasal 31 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 33 ayat (2), Pasal 33 ayat (3) Pasal 34 ayat (1) UUD 1945 menyangkut hak-hak ekonomi dan sosial warga negara sebagai kepentingan yang dilindungi oleh konstitusi melalui keterlibatan atau peran negara.

Di dalam amar putusannya, MK menyatakan : 1). permohonan para pemohon dikabulkan untuk sebagian; 2). Pasal 22 Ayat (1) sepanjang menyangkut kata-kata “di muka sekaligus”, Pasal 22 Ayat (2) sepanjang menyangkut kata-kata “di muka sekaligus”, Pasal 22 Ayat (4) sepanjang menyangkut kata-kata “sekaligus di muka”, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4724) bertentangan dengan UUD 1945; 3). Pasal 22 Ayat (1) sepanjang menyangkut kata-kata “di muka sekaligus”, Pasal 22 Ayat (2) sepanjang menyangkut kata-kata “di muka sekaligus”, Pasal 22 Ayat (4) sepanjang menyangkut kata-kata “sekaligus di muka”, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4724) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat; 4). permohonan para Pemohon ditolak untuk selebihnya;

Terhadap putusan MK ini, Prof. Arie Sukanti Hutagalung²⁸⁰ (Guru Besar Hukum Agraria Universitas Indonesia) menyatakan sepakat dengan pandangan MK terkait perpanjangan hak atas tanah bagi investor. Dalam seminar “*Judicial Review UU Investasi Baru Berdasarkan Perspektif Hukum Perburuhan Dan Hukum Pertanahan*” di Kampus UI Depok, 18 Maret 2008, Prof. Arie Sukanti menyatakan fasilitas pemberian hak atas tanah dalam jangka panjang dan perpanjangan di muka sekaligus bukan merupakan jaminan akan membludaknya investor datang ke Indonesia. Apalagi kalau pengawasan terhadap pemberian dan perpanjangan hak atas tanah itu tidak berjalan efektif. “Yang mengundang

²⁸⁰ Ibid Soedarsono, dikutip dari <http://www.hukumonline.com>

investasi adalah pelayanan, bukan perpanjangan pemberian hak atas tanah,” ujarnya.

Selanjutnya Soedjarwo Soeromihardjo, Achmad Sodiki dan Risnanto²⁸¹ (Pengamat Pertanahan dan Pertanian) menyatakan bahwa dengan putusan MK itu berarti eksistensi Undang-Undang No. 5 tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) semakin kuat. Artinya, pasal-pasal yang bersangkutan dengan Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan, dan Hak Pakai tetap berlaku sebagai dasar pemberian atau perpanjangan haknya. Ini berarti juga, kembali ke jati diri UUPA agar tanah yang dipunyai bangsa Indonesia yakni tanah air dari rakyat, oleh rakyat, dan untuk rakyat.

Dari uraian di atas, dapat disimpulkan sementara, bahwa untuk perbaikan ke depan MK sudah semestinya kembali melakukan *feed back* atas putusan-putusannya, untuk dijadikan bahan koreksi, sehingga kekeliruan, kecerobohan, kedangkalan pemahaman dan partikularisme pertimbangan yang menjadi dasar putusan tidak terjadi lagi di masa datang. Sedangkan terkait dengan andilnya dalam melakukan terobosan-terobosan hukum dalam rangka memperkuat konstruksi hukum nasional tentu saja perlu diberikan apresiasi yang pantas.

4.2. Dasar Pertimbangan (*Legal Reasoning*) yang Mendasari Keluarnya Putusan MK Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian UU No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal.

Dalam hal ini, peneliti menggunakan tiga elemen hukum friedman sebagai pisau analisis—*Substance, Structure* dan *Legal Culture*.

Sekedar untuk penyegaran, Friedman menguraikan beberapa poin penting yang sangat bermanfaat untuk membantu pembahasan kita kali ini. Untuk itu menurut peneliti tidak ada salahnya jika kita kembali melihat apa sebenarnya yang dimaksud Friedman dengan *Substance, Structure* dan *Legal Culture* itu. Mengingat dalam berbagai penelitian hukum, elemen sistem hukum model Friedman ini memang sering dijadikan semacam rujukan standar untuk

²⁸¹ Ibid Soedarsono, dikutip dari Soedjarwo Soeromihardjo, Achmad Sodiki dan Risnanto., *Pengabdian Seorang Guru Pejuang Petani, Bunga Rampai : Fokus Pada Mengangkat Harkat Petani*. (Jakarta: Lembaga Pengkajian Pertanahan Indonesia, 2008).

mendeskripsikan elemen-elemen dari suatu sistem hukum dalam rangka mempermudah pembahasan suatu fenomena hukum.

Secara singkat menurut Friedman, elemen sistem hukum itu terdiri dari : pertama, *Structure* (tatanan lembaga dan kinerja lembaga), kedua, *Substance* (Substansi; materi hukum itu sendiri; Peraturan Perundang-undangan), dan ketiga, *Legal Culture* (Budaya hukum).²⁸²

Selanjutnya, untuk menjelaskan hubungan antara ketiga elemen sistem hukum tersebut, Friedman dengan menarik dan jelas sekali membuat sebuah ilustrasi yang menggambarkan sistem hukum sebagai suatu “proses produksi” dengan menempatkan *structure* sebagai mesin, *substance* sebagai produk yang dihasilkan sedangkan bagaimana mesin itu digunakan merupakan representasi dari *Legal Culture*.²⁸³

Terkait dengan *Legal Culture*, Friedman mengatakan tanpa budaya hukum yang baik, hukum hanya akan menjadi tulisan-tulisan yang tidak bermakna apa-apa. Seperti ikan mati yang terkapar di keranjang, bukan seperti ikan hidup yang berenang di lautan. Dengan kata lain menurut Friedman, diantara elemen-elemen hukum ini, yang paling menentukan tegaknya hukum dalam suatu masyarakat adalah keharusan adanya *Legal Culture* yang kondusif dalam proses penegakan hukum itu sendiri.²⁸⁴

4.2.1. *Aspek Substance*

Alasan hukum MK—yang krusial menurut penulis—yang menyatakan bahwa Pasal 22 ayat (1), (2) dan (4) UUPM bertentangan dengan konstitusi, diantaranya :

²⁸² Lawrence Meir Friedman, *American Law An Introduction*, (New York: W.W.Norton Company, 1984), p.5-8 sebagai pembanding, Lawrence Meir Friedman, *Hukum Amerika Sebuah Pengantar*, Penerjemah : Wishnu Basuki, (Jakarta: Tatanusa, 2001), hal. 6-10

²⁸³ Lawrence Meir Friedman, sebagaimana dikutip Inosentius Samsul, *Perlindungan Konsumen (Kemungkinan Penerapan Tanggung Jawab Mutlak)*, Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004), hal.24

²⁸⁴ “the climate of social thought and social forces determines how law is used, avoided or abused. Without legal culture, the legal sistem is inert – a dead fish lying in a basket, not a living fish swimming in its sea”

Alasan Pertama, MK berpendapat bahwa untuk tanah yang dikuasai oleh negara, pemerataan hak atas tanah tersebut dilakukan dengan kebijakan pemerataan kesempatan untuk memperoleh HGU, HGB, dan Hak Pakai dalam jangka waktu tertentu yang tidak terlalu lama.²⁸⁵ Sehingga pemberian hak penguasaan berupa Hak Guna Usaha yang diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 95 (sembilan puluh lima) tahun, Hak Guna Bangunan yang diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 80 (delapan puluh) tahun, dan Hak Pakai yang diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 70 (tujuh puluh) tahun, tidak sesuai dengan semangat yang dikandung oleh Pasal 33 UUD 1945, sehingga dengan demikian dinyatakan inkonstitusional.

Menurut peneliti, alasan hukum yang digunakan MK dalam hal ini terlalu riskan dan terkesan sembrono. Kalau MK sedikit jeli, ketentuan Pasal 22 UUPM ini sebenarnya hanyalah berupa penegasan untuk menjamin kepastian hukum kepada para investor dalam hal hak atas tanah yang diberikan negara kepadanya sebagaimana juga diatur dalam UUPA. Dengan kata lain, apa yang diatur di dalam Pasal 22 UUPM ini, sebenarnya mengikuti perhitungan yang sama dengan yang diatur dalam UUPA.²⁸⁶

Kalau dicermati lebih jauh, ketentuan Pasal 22 ayat 1 huruf a, yang menyatakan bahwa : *“Hak Guna Usaha dapat diberikan dengan jumlah 95 (sembilan puluh lima) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 60 (enam puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 35 (tiga puluh lima) tahun,”* adalah sama dengan yang dinyatakan dalam Pasal 29 ayat (1), (2), dan (3), yang menyatakan bahwa : *“(1) Hak guna-usaha diberikan untuk waktu paling lama 25 tahun. (2) Untuk perusahaan yang memerlukan waktu yang lebih lama dapat diberikan hak guna usaha untuk waktu paling lama 35 tahun. (3) Atas permintaan pemegang hak dan mengingat keadaan perusahaannya jangka waktu yang dimaksud dalam ayat (1) dan (2) pasal ini dapat diperpanjang dengan waktu paling lama 25 tahun.”*

²⁸⁵ Op. Cit. Putusan Mahkamah Konstitusi, hal.216 senafas dengan hal.256

²⁸⁶ Untuk Hak Guna Usaha, coba cermati ketentuan jumlah lamanya pemberian hak sebagaimana diatur dalam Pasal 29 UUPA, untuk Hak Guna Bangunan diatur dalam Pasal 35 UUPA, bahkan khususnya Hak Pakai yang diatur dalam Pasal 41 sampai Pasal 43, UUPA tidak memberikan batasan waktu penggunaan hak atas tanahnya.

Meskipun memang UUPA mengakui bahwa jangka waktu yang diberikan Pasal 29 itu—jumlahnya 95 tahun—adalah terlalu lama (lihat penjelasan pasalnya), tetapi tidak ada ketentuan yang menyebutkan bahwa pemberian izin yang dapat diberikan dan diperpanjang sekaligus dilarang. Dan hal ini sebenarnya telah diantisipasi oleh UUPM dalam ayat-ayat berikutnya (ayat 2,3 dan 4) di dalam pasal yang sama, yang menyatakan bahwa :

Ayat (2) : Hak atas tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus untuk kegiatan penanaman modal, dengan persyaratan antara lain:

- a. penanaman modal yang dilakukan dalam jangka panjang dan terkait dengan perubahan struktur perekonomian Indonesia yang lebih berdaya saing;
- b. penanaman modal dengan tingkat risiko penanaman modal yang memerlukan pengembalian modal dalam jangka panjang sesuai dengan jenis kegiatan penanaman modal yang dilakukan;
- c. penanaman modal yang tidak memerlukan area yang luas;
- d. penanaman modal dengan menggunakan hak atas tanah negara; dan
- e. penanaman modal yang tidak mengganggu rasa keadilan masyarakat dan tidak merugikan kepentingan umum.

Ayat (3): Hak atas tanah dapat diperbarui setelah dilakukan evaluasi bahwa tanahnya masih digunakan dan diusahakan dengan baik sesuai dengan keadaan, sifat, dan tujuan pemberian hak.

Ayat (4): Pemberian dan perpanjangan hak atas tanah yang diberikan sekaligus di muka dan yang dapat diperbarui sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dapat dihentikan atau dibatalkan oleh Pemerintah jika perusahaan penanaman modal menelantarkan tanah, merugikan kepentingan umum, menggunakan atau memanfaatkan tanah tidak sesuai dengan maksud dan tujuan pemberian hak atas tanahnya, serta melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan.

Jadi kesimpulannya adalah, pemberian fasilitas perizinan hak-hak atas tanah tersebut, yang dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus sebenarnya mengikuti ketentuan di dalam UUPA, hanya saja, penafsirannya menjadi rancu dengan adanya premis “*Hak Guna Usaha dapat diberikan dengan jumlah 95 (sembilan puluh lima) tahun dengan cara...*,” yang seakan-akan menekankan pemberian hak itu sekaligus sejumlah 95 (sembilan puluh) tahun.

Demikian halnya juga dengan Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai yang seakan-akan masing-masing diberikan selama 80 (delapan puluh) dan 70 (tujuh puluh) tahun. Dengan kata lain, karena premis-premis itu menyebabkan kerancuan Pasal 22 ayat (1) UUPM ini, maka sudah seharusnya jika bagian yang dinyatakan tidak konstitusional oleh MK adalah sepanjang kata-kata : “*Hak Guna Usaha dapat diberikan dengan jumlah 95 (sembilan puluh lima) tahun dengan cara...*,” untuk huruf a, kemudian sepanjang kata-kata “*Hak Guna Bangunan dapat diberikan dengan jumlah 80 (delapan puluh) tahun dengan cara...*,” untuk huruf b, dan sepanjang kata-kata “*Hak Pakai dapat diberikan dengan jumlah 70 (tujuh puluh lima) tahun dengan cara...*,” untuk huruf c dari Pasal 22 ayat (1) UUPM.

Pendapat peneliti ini diperkuat dengan pernyataan seorang Pakar Hukum Tanah Indonesia (Prof. Boedi Harsono), yang berpendapat dalam Pengantar Cetakan Kesebelas Bukunya, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanannya*²⁸⁷ sebagai berikut :

Undang-Undang yang menarik perhatian dewasa ini dalam hubungannya dengan Undang-Undang Pokok Agraria khususnya di bidang pertanahan, adalah Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (LNRI 67/2007; TLNRI 4734), yang oleh sementara pihak dinilai mengandung perubahan pada UUPA. Padahal dalam rangka penyempurnaan Hukum Tanah Nasional, telah ada kesepakatan antara Kepala Badan Pertanahan Nasional, Joyo Winoto Ph.D dan Komisi II Dewan Perwakilan Rakyat R, bahwa UUPA akan tetap dipertahankan utuh, sebagaimana berlaku sejak tanggal 24 September 1960.

Dalam rangka memberikan kemudahan pelayanan dan perizinan kepada para penanam modal, yang memenuhi persyaratan tertentu, UU Penanaman Modal memberikan kemudahan pelayanan juga di bidang pertanahan, khususnya dalam

²⁸⁷ Op. Cit. Boedi Harsono, hal. LXVI-LXVII

memperoleh hak atas tanah yang diperlukan. Hak atas tanah yang diperlukan dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus dan dapat diperbaharui kembali atas permohonan penanam modal berupa :

- 1). Hak Guna Usaha (HGU) dapat diberikan dengan jumlah 95 (sembilan puluh lima) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 60 (enam puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 35 (tiga puluh lima) tahun;
- 2). Hak Guna Bangunan (HGB) dapat diberikan dengan jumlah 80 (delapan puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 50 (lima puluh) tahun dan dapat diperbarui selama 30 (tiga puluh) tahun; dan
- 3). Hak Pakai dapat diberikan dengan jumlah 70 (tujuh puluh) tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 45 (empat puluh lima) tahun dan dapat diperbarui selama 25 (dua puluh lima) tahun.

Padahal dalam UUPA sudah ada ketentuannya secara khusus. HGU dapat diberikan dengan jangka waktu paling lama 35 tahun, yang dapat diperpanjang paling lama 25 tahun, dengan pengertian bahwa sesudah masa perpanjangannya berakhir dapat diberikan HGU baru, dengan batasan waktu yang sama, yaitu 35 tahun (Pasal 29 UUPA). Demikian juga HGB, dalam Pasal 35 UUPA ditentukan bahwa HGB diberikan dengan jangka waktu paling lama 30 tahun, yang dapat diperpanjang dengan jangka waktu paling lama 20 tahun. Mengenai Hak Pakai tidak ada pembatasan berapa tahun jangka waktu pemberiannya. Hanya dinyatakan dalam Pasal 43 UUPA, bahwa Hak Pakai dapat diberikan selama jangka waktu yang tertentu atau selama dipergunakan untuk keperluan yang tertentu.

Boedi Harsono melanjutkan, apakah dengan demikian ketentuan UU Penanaman Modal tersebut merupakan perubahan UUPA? Sepintas lalu memang kelihatannya memang demikian. Tetapi kalau kita perhatikan **pembatasan jangka waktu pemberian HGU dan HGB dalam UU Penanaman Modal tersebut, hitungannya adalah menggunakan**—untuk tidak dibilang mengacu pada—**hitungan UUPA.**

Pemberian HGU selama 95 (sembilan puluh lima) tahun menggunakan hitungan UUPA, yaitu pemberian pertama kali 35 tahun, perpanjangan jangka waktunya 25 tahun, dengan pembaruan haknya 35 tahun, hingga keseluruhannya menjadi 95 tahun. Demikian juga dengan HGB. Pemberian untuk pertama kali 30 tahun, perpanjangan jangka waktunya 30 tahun, dan pembaruan haknya 30 tahun, jumlahnya 80 (delapan puluh) tahun. Sedangkan Hak Pakai tidak ada pembatasan jangka waktunya.

Maka jelaslah, **bahwa UU Penanaman Modal tidak mengubah lembaganya, dan juga tidak mengubah pembatasan jangka waktu pemberiannya, sebagaimana yang diatur dalam UUPA.** Adapun yang diubah hanya *cara pemberiannya*. Kalau menurut UUPA pemberian jangka waktu dan pembaruan haknya dilakukan secara bertahap, maka ketentuan UU Penanaman Modal memberikannya sekaligus. **Dan itu pun atas dasar pertimbangan yang masuk akal.**

Di samping itu juga, pemberian HGU, HGB dan Hak Pakai secara dimuka sekaligus sebenarnya hanya dimaksudkan untuk mempermudah pengurusan hak-hak atas tanah tersebut agar hanya dilakukan sekali dalam satu kali masa usaha. Lagipula MK sendiri mengakui bahwa, pemberian fasilitas ini sebenarnya sudah diatur sebelumnya di dalam UUPA²⁸⁸ dan Undang-Undang Nomor 56 Prp Tahun 1960 tentang Pembatasan Luas Tanah Pertanian.²⁸⁹ Hanya saja, bedanya pada klausa pemberian hak secara dimuka sekaligus.

Selanjutnya menurut peneliti, klausa pemberian hak “secara dimuka sekaligus” adalah suatu kewajaran, karena pemberian fasilitas ini memang dimaksudkan untuk memberikan ‘angin segar’ sekaligus kepastian kepemilikan hak-hak tersebut kepada para investor yang berniat menanamkan modalnya di bidang-bidang usaha yang memang memerlukan pemanfaatan hak atas tanah dalam jangka waktu yang lama.

Di samping itu juga, sekiranya penanam modal yang telah memperoleh hak atas tanah tersebut ingin memperpanjang hak tanah yang telah habis

²⁸⁸ Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1960 Nomor 104, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2043).

²⁸⁹ (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 116, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4431).

masanya—semisal tidak diberikan dimuka sekaligus—sebenarnya juga tidak ada larangan konstitusi terhadapnya.

Artinya, permasalahan diberikan secara dimuka sekaligus atau tidak, hak-hak atas tanah tersebut sebenarnya tidak terlalu “berbahaya” dan perlu dikhawatirkan. Lagipula di dalam Pasal 22 ayat 4 UU a qua, sudah diatur secara garis besar—*broad outline*—beberapa alasan pembatalan dan penghentian pemberian fasilitas tersebut jika pemanfaatan fasilitas-fasilitas tersebut terbukti melanggar hukum dan kepentingan umum. Jadi menurut penulis, alasan MK tersebut sebenarnya tidak dapat dijadikan sebagai alasan pembatalan klausa “secara dimuka sekaligus” sebagaimana di atur dalam Pasal 22 ayat (1), (2) dan (4) UUPM. Selanjutnya mengenai ketentuan Pasal 22 ayat (4) UUPM ini, penulis akan membahas kemudian.

Alasan Kelima, Dalam Penjelasan Umum UUPM, Mahkamah tidak menemukan adanya korelasi langsung antara fasilitas atau insentif berupa pemberian hak-hak atas tanah (*in casu* HGU, HGB, dan Hak Pakai) yang dapat diperpanjang di muka sekaligus, sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 22 Ayat (1) dan Ayat (2) UU Penanaman Modal dengan peningkatan iklim penanaman modal. Artinya, masalah utama dalam menciptakan iklim investasi yang kondusif sebenarnya terletak pada persoalan good governance, kepastian hukum dan keamanan berusaha, serta persoalan ketenagakerjaan—bukan pada pemberian insentif sebagaimana diatur dalam Pasal 22 UUPM tersebut.²⁹⁰

Dalam hal ini, peneliti berpendapat bahwa Sebenarnya, kalau MK sedikit lebih jeli melihat penjelasan umum UUPM, akan nampak satu klausa yang perlu mendapat perhatian terkait masalah ini yaitu : “...*Oleh karena itu, peningkatan koordinasi kelembagaan tersebut harus dapat diukur dari kecepatan pemberian perizinan dan fasilitas penanaman modal dengan biaya yang berdaya saing.*”²⁹¹

Dalam klausa ini terlihat adanya perhatian pembuat UUPM terhadap masalah *pemberian izin dan fasilitas penanaman modal...yang berdaya saing*. Kalau kita tengok pemberian izin dan fasilitas hak atas tanah tersebut di negara-negara lain seperti Malaysia yang memberikan fasilitas atas tanah tersebut sampai

²⁹⁰ Ibid, Putusan Mahkamah Konstitusi, hal.255

²⁹¹ Paragraf V, baris ke-15 Penjelasan Umum UUPM

70 (tujuh puluh) tahun, Vietnam juga demikian, dan bahkan China yang terkenal sebagai negara yang paling restriktif terhadap penanaman modal, saat ini memberikan fasilitas untuk hak-hak atas tanah tersebut—dalam bidang-bidang usaha tertentu—sampai 90 (sembilan puluh) tahun.²⁹²

Jadi alasan ini menurut penulis terlalu sempit dan tidak komprehensif melihat substansi permasalahan, sekaligus menunjukkan kekurang-jeliannya MK dalam melihat substansi Pasal 22 ayat (1) UUPM tersebut.²⁹³

Alasan Kedua, MK berpendapat bahwa konsepsi hak penguasaan atas tanah yang dianut oleh UUD 1945 berkenaan dengan ketiga hal dimaksud (bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung dalam bumi dan air itu) bukanlah konsepsi hak sebagaimana yang dikenal dalam doktrin hukum Romawi bahwa siapa yang memiliki hak atas tanah ia juga berhak atas segala yang berada di atas maupun di bawah atau di dalam tanah itu secara tak terbatas (*cojus est solum est usque ad coelum et ad inferos ad infinitum*).²⁹⁴

Peneliti berpendapat, bahwa memang hal ini diakui, tetapi perlu juga diingat bahwa selama pemanfaatan hak atas tanah tersebut dilakukan sah secara hukum, maka tentu saja pemanfaatan hak tersebut dijamin juga oleh konsistensi sebagai suatu hak asasi manusia dari pemegang hak tersebut. Dan seharusnya, pertimbangan ini oleh MK dijelaskan secara jelas dan holistik—agar alasan yang digunakan tidak terkesan sangat dangkal—apa dan bagaimana semestinya konsepsi penguasaan tanah oleh negara yang dikenal dalam konteks Hukum Tanah Di Indonesia.

²⁹² Perkuliahan singkat Prof. Erman Rajagukguk pada hari Rabu, 26 Maret 2008, sebagai pembanding juga sidang pembaca dapat melihat perihal insentif untuk investasi asing yang diberikan China sejak negara ‘Tirai Bambu’ itu resmi menjadi anggota WTO, 21 Desember 2001 dalam tulisan Thomas L. Friedman, *The World Is Flat*, dialihbahasakan oleh P. Buntaran dkk. (Jakarta: Dian Rakyat, 2006), hal. 149-165

²⁹³ Bandingkan dengan Putusan Perkara Nomor 004/PUU-V/2007 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran (UU PK) Terhadap UUD 1945. Perkara ini berkaitan dengan pengujian Pasal 37 ayat (2), Pasal 75 ayat (1), Pasal 76, Pasal 79 huruf a, dan Pasal 79 huruf c Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran, yang ditengarai oleh beberapa kalangan sebagai putusan yang dihasilkan dari alasan yang tidak holistik dan komprehensif.

²⁹⁴ Ibid, Putusan Mahkamah Konstitusi, hal.214-216, bandingkan dengan pembahasan mengenai hak-hak atas tanah pada pembahasan Bab 2 sebelumnya.

Menurut peneliti, MK seharusnya juga menjelaskan konsepsi penguasaan atas tanah oleh negara sebagai berikut :

Selanjutnya, *Hak Menguasai Dari Negara* di dalam UUPA diatur dalam Pasal 2 sebagai berikut :

(1) *Atas dasar ketentuan dalam pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar dan hal-hal sebagai yang dimaksud dalam pasal 1, bumi air dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung didalamnya itu pada tingkatan tertinggi dikuasai oleh Negara, sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat.*

(2) *Hak menguasai dari Negara termaksud dalam ayat (1) pasal ini memberi wewenang untuk :*

a. *mengatur dan menyelenggarakan peruntukan, penggunaan, persediaan dan pemeliharaan bumi, air dan ruang angkasa tersebut;*

b. *menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dengan bumi, air dan ruang angkasa;*

c. *menentukan dan mengatur hubungan-hubungan hukum antara orang-orang dan perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan ruang angkasa.*

(3) *Wewenang yang bersumber pada hak menguasai dari Negara tersebut pada ayat (2) pasal ini digunakan untuk mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat dalam arti kebangsaan, kesejahteraan dan kemerdekaan dalam masyarakat dan Negara hukum Indonesia yang merdeka, berdaulat, adil dan makmur.*

(4) *Hak menguasai dari Negara tersebut di atas pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah Swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan-ketentuan Peraturan Pemerintah.*

Ketentuan Pasal 2 UUPA ini mengandung pengertian diantaranya : **Pertama**, sebutan dan isinya; *Hak Menguasai Dari Negara* adalah sebutan yang diberikan oleh UUPA kepada lembaga hukum dan hubungan hukum kongkret antara Negara dan tanah Indonesia, yang dirinci isi dan tujuannya dalam Pasal 2

ayat (2) dan (3) di atas. Kewenangan negara dalam bidang pertanahan tersebut merupakan pelimpahan tugas Bangsa sebagai pemilik Hak Bangsa sebagaimana yang telah diuraikan sebelumnya. Adapun kewenangan tersebut bersifat publik semata-mata. Maka berbeda benar dengan hubungan hukum yang bersifat pemilikan antara negara dengan tanah berdasarkan *domein-verklaring*²⁹⁵ dalam Hukum Tanah Administratif pada waktu sebelum berlakunya UUPA yang notabene adalah merupakan warisan kolonial Belanda.²⁹⁶

Selanjutnya di dalam Penjelasan Umum II, disebutkan bahwa :
“*Undang-Undang Pokok Agraria berpangkal pada pendirian, bahwa untuk mencapai apa yang ditentukan dalam pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar tidak perlu dan tidaklah pula pada tempatnya, bahwa bangsa Indonesia ataupun Negara bertindak sebagai pemilik tanah. Adalah lebih tepat jika Negara, sebagai organisasi kekuasaan dari seluruh rakyat (bangsa) bertindak selaku Badan Penguasa.*”²⁹⁷ Dan apa yang dikemukakan oleh UUPA tersebut memang tepat sebagai sumber dan landasan pelaksanaan tugas dan fungsi bagi kewenangan negara atas tanah.²⁹⁸

Bandingkan konsepsi yang diutarakan oleh UUPA ini dengan pengertian ‘dikuasai oleh negara’ yang diberikan oleh *founding fathers* Negara Indonesia, yang juga tokoh ekonomi Indonesia, mantan Wakil Presiden RI pertama yang sekaligus juga sebagai salah satu arsitek Undang-Undang Dasar 1945, DR. Muhammad Hatta. Tokoh yang memperoleh Doktor *Honoris Causa* dari Universitas Indonesia ini menyatakan :

²⁹⁵ Dalam Penjelasan Umum II angka 2 UUPA, disebutkan: “*Azas Domein yang dipergunakan sebagai dasar daripada perundang-undangan agraria yang berasal dari Pemerintah jajahan tidak dikenal dalam hukum agraria yang baru. Azas Domein adalah bertentangan dengan kesadaran hukum rakyat Indonesia dan azas daripada Negara yang merdeka dan modern. Berhubung dengan ini azas tersebut, yang dipertegas dalam berbagai “pernyataan domein”, yaitu misalnya dalam pasal 1 Agrarisch Besluit (S. 1870-118), S. 1875-119a, S. 1874-94f, S. 1877-55 dan S. 1888-58 ditinggalkan dan pernyataan-pernyataan domein itu dicabut kembali.*”

²⁹⁶ Ibid. Sebagai pembandingan, lihat juga Muhammad Bakri, *Hak Menguasai Tanah Oleh Negara (Paradigma Baru Untuk Reformasi Agraria)*, (Yogyakarta: Citra Media, 2007).

²⁹⁷ Inilah doktrin ‘Penguasaan Tanah Oleh Negara’ dari Muhammad Hatta yang kemudian diresepsi oleh UUPA.

²⁹⁸ Ibid.

“...Pemerintah membangun dari atas, melaksanakan yang besar-besar seperti membangun tenaga listrik, persediaan air minum,... menyelenggarakan berbagai macam produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak. Apa yang disebut dalam bahasa Inggris “Public Utilities” diusahakan oleh Pemerintah Milik Perusahaan besar tersebut sebaik-baiknya di tangan Pemerintah...”²⁹⁹

Konsepsi Penguasaan Tanah Oleh Negara yang diutarakan oleh Muhammad Hatta ini, tergolong konsepsi Hukum Tata Negara Modern dimasanya yang berbeda dengan konsepsi penguasaan tanah yang dikenal sebelumnya. Konsepsi penguasaan tanah oleh negara sebelumnya mengenal konsepsi Hukum Tata Negara Feodal. Teori penguasaan tanah dalam konsepsi Hukum Tata Negara Feodal ini menghendaki adanya pemilikan tanah oleh seluruh rakyat negara, yang berakibat tidak dimungkinkannya pemilikan tanah oleh perorangan. Konsep ini dapat dijumpai dalam konsepsi Hukum Tanah Rusia setelah golongan Komunis berhasil merebut kekuasaan pemerintahan pada tahun 1917. Oleh karena itu, konsep ini dikenal juga sebagai Konsepsi Hukum Tanah Komunis/ Konsepsi Komunis.³⁰⁰

Sebagaimana diketahui, lembaga negara dalam hal ini pemerintah dalam arti yang luas, pada umumnya terbagi dalam tiga kelompok fungsional sebagaimana konsep Montesquieu—Legislatif, Eksekutif dan Yudikatif. Konsep ini sepertinya juga diadopsi oleh UUPA yang dalam Pasal 2-nya, membagi kewenangan pemerintah meliputi bidang legislatif, eksekutif maupun yudikatif. Dalam penjelasan Pasal 2 UUPA itu dinyatakan bahwa : *“Soal agraria menurut sifatnya dan pada azasnya merupakan tugas Pemerintah Pusat (pasal 33 ayat 3 Undang-Undang Dasar). Dengan demikian maka pelimpahan wewenang untuk melaksanakan hak penguasaan dari Negara atas tanah itu adalah merupakan medebewind. Segala sesuatunya akan diselenggarakan menurut keperluannya dan sudah barang tentu tidak boleh bertentangan dengan kepentingan nasional. Wewenang dalam bidang agraria dapat merupakan sumber keuangan bagi daerah itu.”³⁰¹*

²⁹⁹ Lihat tulisan DR. Muhammad Hatta ini dalam Majalah Gema Angkatan 45 terbitan tahun 1977 dengan judul *“Pelaksanaan Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 33.”*

³⁰⁰ Op. Cit. Boedi Harsono, hal.269

³⁰¹ Ibid.

Kekuasaan legislatif, sebagaimana diatur dalam Pasal 2 UUPA ini dicakup dalam pengertian “*mengatur dan menentukan*”, dilaksanakan oleh Badan-badan legislatif pusat, yaitu Pemerintah (dalam arti sempit; eksekutif) dengan persetujuan DPR/ DPD dalam bentuk Undang-Undang. Pemerintah (dalam arti sempit; eksekutif) dalam bentuk Peraturan Pemerintah dalam bentuk Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU) dan Peraturan Pemerintah Pelaksanaan undang-undang. Dan Presiden dalam bentuk Keputusan/ Penetapan Presiden dan Menteri—atas nama Presiden—yang berwenang di bidang pertanahan dalam bentuk Peraturan Menteri.³⁰²

Kekuasaan eksekutif, yang dicakup dalam pengertian menyelenggarakan dan menentukan dilakukan oleh Presiden, dibantu oleh Menteri atau Pejabat Tinggi lain yang bertugas di bidang pertanahan. Kewenangan ini sebagian dapat ditugaskan pelaksanaannya kepada para Pejabat Pusat yang bertugas di daerah dalam rangka *dekonsentrasi*.³⁰³

Adapun penguasa yudikatif berwenang menyelesaikan sengketa-sengketa tanah, baik di antara rakyat sendiri maupun di antara rakyat dan pemerintah, melalui Peradilan Umum sampai tingkat Mahkamah Agung.³⁰⁴

Kedua, Pemegang Hak; Subyek Hak Menguasai dari Negara adalah Negara Republik Indonesia, sebagai organisasi kekuasaan seluruh rakyat Indonesia. **Ketiga**, Tanah yang dipegang haknya; Hak Menguasai dari Negara meliputi semua tanah dalam wilayah Republik Indonesia, baik tanah-tanah tidak atau belum maupun yang sudah di miliki haknya dengan hak-hak perorangan. Tanah-tanah yang belum ada hak-hak perorangan oleh UUPA di atasnya, disebut

³⁰² Ibid.

³⁰³ Periksa Undang-Undang mengenai Pemerintahan Daerah diantaranya: Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 125, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4437) sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2005 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2005 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah Menjadi Undang-Undang (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 108, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4548, sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2008 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 59, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4844).

³⁰⁴ Ibid, Boedi Harsono.

*tanah-tanah yang dikuasai langsung oleh Negara (Pasal 28, 37, 41, 43, dan 49 UUPA).*³⁰⁵

Sedangkan dalam praktek administrasi, untuk menyingkat pemakaian kata-kata, digunakan istilah *Tanah Negara*. Yang sudah tentu dalam arti yang benar-benar berbeda dengan konsep “tanah negara”; “milik negara”; “landsdomein” yang dikenal dalam konsep *domeinverklaring*.³⁰⁶ Sedangkan tanah-tanah yang sudah dibebankan hak-hak atas tanah primer, disebut *tanah-tanah hak* dengan nama sebutan haknya, misalnya : tanah Hak Milik, tanah Hak Guna Usaha, tanah Hak Guna Bangunan, tanah Hak Pakai, tanah Hak Sewa dan lain-lainnya.³⁰⁷

Keempat, Pembebanan Hak Menguasai dari Negara; Pada prinsipnya Hak menguasai dari Negara tidak dapat dipindahtangankan kepada pihak lain. Tetapi tanah negara dapat diberikan dengan sesuatu hak atas tanah kepada pihak lain. Pemberian hak atas tanah-negara kepada seseorang atau badan hukum, bukan berarti melepaskan Hak Menguasai tersebut dari tanah yang bersangkutan. Tanah tersebut tetap berada dalam penguasaan Negara. Negara tidak melepaskan kewenangannya yang diatur dalam Pasal 2 UUPA, terhadap tanah yang bersangkutan. Hanya saja sebagaimana dijelaskan dalam Penjelasan Umum UUPA, kewenangan Negara terhadap tanah-tanah yang sudah diberikan dengan sesuatu hak kepada pihak lain, menjadi terbatas, sampai batas kewenangan yang merupakan isi hak yang diberikan. Dan batas itu wajib dihormati oleh Negara.³⁰⁸

Kelima, Pelimpahan pelaksanaannya kepada pihak lain; Pada prinsipnya memang Hak Menguasai dari Negara tidak dapat dipindahkan. Tetapi pelaksanaannya dapat dilimpahkan kepada Pemerintah Daerah dan masyarakat-masyarakat Hukum Adat, sepanjang hal itu diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, sebagai *tugas pembantuan*, bukan otonomi, yang mekanismenya diatur dengan Peraturan Pemerintah.³⁰⁹

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Ibid.

³⁰⁸ Ibid.

³⁰⁹ Ibid. Lihat juga sebagai pembandingan, Muhammad Bakri, Op. Cit. hal.29-199

Keenam, Hak Pengelolaan; mengandung pengertian: 1). Selain kepada Pemerintah Daerah dan Masyarakat-masyarakat Hukum Adat, pelimpahan pelaksanaan sebagian kewenangan Negara tersebut dapat juga dilakukan kepada apa yang disebut Badan-badan Otorita, Perusahaan-perusahaan Negara dan Perusahaan-perusahaan Daerah, dengan pemberian penguasaan tanah-tanah tertentu dengan apa yang dikenal dengan sebutan *Hak Pengelolaan*. 2). Menurut Pasal 3 Peraturan Menteri Nomor 5 tahun 1974, Hak Pengelolaan memberi wewenang untuk : pertama, merencanakan peruntukan dan penggunaan tanah yang bersangkutan; kedua, menggunakan tanah tersebut untuk keperluan pelaksanaan usahanya; ketiga, menyerahkan bagian daripada tanah-tanah itu kepada pihak ketiga menurut persyaratan yang ditentukan oleh perusahaan pemegang hak tersebut, yang meliputi segi-segi peruntukan, penggunaan, jangka waktu dan keuangannya, dengan ketentuan bahwa pemberian hak atas tanah kepada pihak ketiga yang bersangkutan dilakukan oleh pejabat-pejabat yang berwenang menurut peraturan perundang yang berlaku.³¹⁰

Ketujuh, Hak menguasai dari Negara tidak akan hapus; Hak Menguasai dari Negara sebagai pelimpahan Hak Bangsa, tidak akan hapus, selama Negara Republik Indonesia masih ada sebagai negara yang merdeka dan berdaulat.

Dari uraian ini, maka dapat lah dimengerti bahwa walaupun pada prinsipnya, penguasaan atas tanah oleh negara yang dikenal di Indonesia berbeda dengan yang dikenal di Romawi, tetapi Konsepsi Hukum Tanah Nasional juga memberikan kewenangan yang luas kepada Pemerintah dalam arti luas sebagai representasi dari Negara dan Bangsa, untuk melakukan upaya-upaya pengelolaan, pemindahan hak dan hal-hal lain yang diperlukan untuk mensejahterahkan rakyat. Oleh karena itulah, peneliti berpendapat bahwa, alasan MK ini kurang bisa diterima—untuk tidak dikatakan salah.

Alasan Ketiga, MK berpendapat bahwa adanya dinamika masyarakat yang memperlumahkan pemberian wewenang kepada penanam modal untuk memanfaatkan bumi, air, kekayaan yang terkandung di dalamnya dalam jangka

³¹⁰ ibid

waktu yang menurut mereka ‘terlalu lama’, dimana pada pengaturan sebelumnya tidak bermasalah.³¹¹

Alasan hukum ini menurut peneliti, seharusnya tidak menjadi landasan pertimbangan MK. Dalam ilmu hukum memang dikenal suatu aliran pemikiran yang disebut *Sociological Jurisprudence*, atau dikenal juga dengan *Socio-Legal Theorist* yang menyatakan bahwa hukum tidak bisa dipahami tanpa dihubungkan dengan realita kehidupan masyarakat. Inti teori ini adalah menghubungkan hukum dengan dinamika masyarakat.³¹²

Tetapi, perlu juga didefinisikan secara jelas masyarakat mana yang dimaksud, dan kepentingan ‘masyarakat mana’ yang menjadi prioritas untuk dilindungi. Apakah segelintir kelompok orang dapat diakui sebagai representasi beratus juta penduduk di suatu negara? Dalam hal ini, penulis berpendapat pembatalan suatu klausa dalam UU yang notabene dibuat oleh representasi masyarakat Indonesia terbesar karena adanya ketidaksetujuan ‘sebagian masyarakat’ adalah sangat riskan dan akan menimbulkan kaburnya *predictability* hukum itu sendiri.³¹³

Predictability sendiri diartikan, bahwa sistem hukum di suatu negara dalam kaitannya dengan penanaman modal asing harus dapat memberikan kepastian hukum bagi semua pihak yang terkait, terutama pihak investor. Bahkan Max Weber menyatakan bahwa *predictability* itulah yang ia namakan ‘rational’— bentuk hukum yang ideal karena sifatnya yang dapat diprediksi.³¹⁴

Jadi menurut penulis, alasan ini berpotensi mengurangi masuknya investasi asing masuk ke Indonesia, karena semakin menguatkan asumsi mereka bahwa hukum Indonesia memang *unpredictable!*

³¹¹ Ibid, Putusan Mahkamah Konstitusi

³¹² Lihat tulisan D. Lloyd and Freeman dalam *Introduction to Jurisprudence* dalam kumpulan tulisan, Jufrina Rizal, (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003).

³¹³ Lihat tulisan Leonard J. Theberge, *Law and Economic Development*, Journal Of International Law And Policy, p.232, dikumpulkan oleh Erman Rajagukguk dalam *Hukum dan Pembangunan (Bahan Diskusi Program Magister)*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2006. hal. 157

³¹⁴ Max Weber ; *Law in Economy and Society*, dalam A Primer in the Sociology of Law (second edition) oleh Dragan Milovanovich, (New York: Harrow dan Heston Publishers, 1994), p.46

Alasan Keempat, MK berpendapat, bahwa meskipun terdapat ketentuan yang memungkinkan negara, *in casu* Pemerintah, untuk menghentikan atau membatalkan hak-hak atas tanah dimaksud dengan alasan-alasan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 22 Ayat (4) UU Penanaman Modal, namun adanya *klausula* “dapat diperpanjang di muka sekaligus”, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 22 Ayat (1) dan Ayat (2), berpotensi mengurangi kewenangan kontrol oleh negara untuk melakukan tindakan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) maupun pengelolaan (*beheersdaad*),³¹⁵ sebab :

Pertama, alasan-alasan untuk menghentikan atau membatalkan hak-hak atas tanah tersebut bersifat terbatas (limitatif) telah ditentukan dalam Pasal 22 Ayat (4) UUPM. Sehingga, diluar alasan-alasan tersebut, negara *in casu* Pemerintah tidak berwenang melakukan menghentikan atau membatalkan hak-hak atas tanah tersebut. Meskipun, jika dikemudian hari usaha penanam modal tersebut mengancam kemakmuran masyarakat setempat—diluar alasan limitatif sebagaimana diatur Pasal 22 ayat (4) UUPM. Hal ini berarti mengurangi kewenangan negara dan berpotensi menimbulkan sengketa dikemudian hari.³¹⁶

Kedua, pemberian dan perpanjangan hak-hak atas tanah yang diberikan sekaligus di muka menghambat negara untuk melakukan pemerataan kesempatan untuk memperoleh hak-hak atas tanah tersebut secara adil. Misalnya, tatkala negara hendak mengalihkan hak-hak atas tanah tersebut kepada pihak lain setelah jangka waktu hak-hak atas tanah itu habis, hal itu menjadi tidak mungkin dilakukan karena antara pemberian hak dan perpanjangan diberikan sekaligus di muka.

Selanjutnya, meskipun terhadap HGU, HGB, dan Hak Pakai yang dapat diperpanjang di muka sekaligus itu negara dikatakan dapat menghentikan atau membatalkan sewaktu-waktu, namun alasan penghentian atau pembatalan tersebut telah ditentukan secara limitatif dalam Pasal 22 Ayat (4) UU Penanaman Modal.³¹⁷

³¹⁵ Ibid, Putusan Mahkamah Konstitusi, hal.258

³¹⁶ Ibid, Putusan Mahkamah Konstitusi, hal.258-259

³¹⁷ Pasal 22 ayat (4) UUPM menyatakan :

Hal ini terjadi karena di dalam Pasal 22 Ayat (4) UU Penanaman Modal, alasan pemerataan kesempatan tersebut di atas tidak termasuk salah satu alasan yang dapat digunakan oleh negara untuk menghentikan atau membatalkan hak-hak atas tanah. Keadaan demikian menyebabkan negara terhalang pula untuk melakukan kewajibannya melaksanakan perintah Pasal 33 Ayat (3) UUD 1945, yaitu pemerataan kesempatan untuk menjaga kepentingan yang dilindungi konstitusi.³¹⁸

Dalam hal ini, peneliti berpendapat, bahwa pada prinsipnya pertimbangan MK ini hanya berdasar pada asumsi bathin MK saja dan tidak memiliki sandaran teoritis sama sekali. Dimana, berdasarkan pengalaman praktis klausa-klausa terbatas ini sering dimanfaatkan untuk menutup kemungkinan penafsiran yang lebih luas terhadap substansi yang diatur..

Tetapi, kalau melihat lebih jauh lagi substansi Pasal 22 ayat (4) UUPM sebenarnya di dalamnya—menurut penulis—telah tercover segala sesuatu yang terkait dengan alasan-alasan dibatalkan atau dihentikannya pemberian fasilitas hak atas tanah tersebut. Klausa ini menurut peneliti adalah *garis besar (broad outline)*—merupakan alasan-alasan yang bersifat umum dan dapat dijelaskan lebih detail lagi) dan bukan *dotted line*—garis ‘titik’ yang kaku. Alasan-alasan ini sebenarnya hanyalah merupakan representasi segala tindakan yang dilakukan oleh penanam modal yang mengakibatkan tanah yang diberikan ijin kepadanya menjadi terlantar dan/atau merugikan kepentingan umum. Hal mana, tindakan-tindakan tersebut memang dapat dikategorikan sebagai tindakan melanggar dan/atau melawan hukum.

Misalnya, klausa “merugikan kepentingan umum”, menurut penulis, ini bisa dijelaskan lagi dalam bentuk yang lebih mendetail misalnya : 1). Tindakan pemanfaatan tanah untuk pabrikasi yang dalam prosesnya mengeluarkan limbah kimia yang berbahaya dan beracun, tentu saja ini akan merugikan kepentingan

“Pemberian dan perpanjangan hak atas tanah yang diberikan sekaligus di muka dan yang dapat diperbarui sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dapat dihentikan atau dibatalkan oleh Pemerintah jika perusahaan penanaman modal menelantarkan tanah, merugikan kepentingan umum, menggunakan atau memanfaatkan tanah tidak sesuai dengan maksud dan tujuan pemberian hak atas tanahnya, serta melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan”

³¹⁸ Ibid, Putusan Mahkamah Konstitusi, hal.259

umum; 2). Tindakan pemanfaatan tanah yang bertentangan dengan budaya dan tradisi yang dijunjung tinggi masyarakat sekitar; 3). Tindakan pemanfaatan tanah yang efeknya secara langsung atau tidak langsung merugikan tanah-tanah untuk kepentingan umum di sekitarnya menjadi rusak dan/atau terganggu pemanfaatannya; dan alasan-alasan sejenis lainnya—kalau disebutkan satu persatu tentu akan memPERTEBAL paper ini.

Hanya saja dalam hal ini, menurut penulis berdasarkan pengalaman, lembaga peradilan di Indonesia yang harus diperkuat profesional dan integritas personilnya, dalam artian, pendefinisian terjadinya pelanggaran terhadap hak-hak atas tanah tersebut oleh lembaga peradilan di semua tingkat pengadilan harus tegas dengan didasarkan pada pertimbangan yang objektif—yuridis, dan secara konsekuen selanjutnya dipatuhi.

Alasan Kelima, MK berpendapat, berkurang atau melemahnya kedaulatan rakyat di bidang ekonomi sebagai akibat dari adanya kata-kata “dapat diperpanjang di muka sekaligus” terkait juga dengan ketentuan tentang penyelesaian sengketa sebagaimana diatur dalam Pasal 32 UU Penanaman Modal.³¹⁹ Hal ini dapat dijelaskan secara singkat sebagai berikut:

Pertama: Apabila terjadi sengketa terkait pemberian fasilitas hak-hak atas tanah tersebut dan atau pembatalannya, maka akan berlaku ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 32 UUPM. Kedua: karena Pemerintah, melakukan tindakan penghentian atau pembatalan hak atas tanah tersebut bertindak atas nama negara dalam kualifikasi *de jure empirii* (pemegang kedaulatan), maka jika terjadi sengketa karena penetapannya itu seharusnya pengadilan dalam lingkungan peradilan tata usaha negaralah yang mempunyai kompetensi absolut untuk mengadilinya. Hal ini menjadi tidak berlaku dengan adanya ketentuan mengenai penyelesaian sengketa yang diatur oleh Pasal 32 Ayat (4) UUPM.³²⁰

Ketiga: Tindakan negara tersebut oleh Pasal 32 Ayat (4) UU Penanaman Modal secara implisit dikualifikasikan sebagai tindakan subjek hukum perdata

³¹⁹ Ibid, Putusan Mahkamah Konstitusi, hal.261-262

³²⁰ Ibid, Putusan Mahkamah Konstitusi, hal 262

biasa (*de jure gestiones*) yang kedudukannya sederajat dengan penanam modal. Seharusnya klausul penyelesaian sengketa melalui arbitrase dicantumkan dalam rumusan kontrak, kasus demi kasus, bukan dalam perumusan undang-undang yang berlaku umum dan bersifat permanen yang justru mempersulit Pemerintah sendiri.³²¹ Keempat: rumusan dalam Pasal 32 Ayat (4) UUPM memperlihatkan indikasi ketidakpercayaan terhadap institusi peradilan di Indonesia yang dilegalisasikan secara permanen oleh pembentuk undang-undang. Hal demikian juga berarti mengurangi makna kedaulatan hukum Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasarkan UUD 1945.³²²

Menurut penulis, alasan ini hanyalah alasan tambahan (*accessoir reasoning*) untuk menguatkan alasan utama bahwa pengaturan Pasal 22 ayat (4) UUPM mengurangi kedaulatan negara *in casu* Pemerintah dalam pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), tindakan pengelolaan (*beheersdaad*) dan kewenangan untuk melakukan tindakan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) terhadap pemanfaatan bumi, air, kekayaan yang terkandung di dalamnya.

Artinya, alasan ini dengan sendirinya akan terbantahkan dengan dipahaminya bahwa klausa-klausa pembatasan di dalam Pasal 22 ayat (4) UUPM tersebut tidak dianggap sebagai *closed limitative clauses* yang tidak bisa dijabarkan secara lebih terperinci.

Dengan kata lain, alasan MK menghubungkan permasalahan pembatalan dan/atau penghentian pemberian hak atas tanah sebagaimana diatur dalam Pasal 22 UUPM dengan ketentuan Pasal 32 UUPM ayat (4) tidak relevan dan tidak bisa dijadikan alasan untuk pertimbangan putusan.

4.2.2. *Aspek Structure*

Sebagaimana telah diketahui, bahwa dengan memanfaatkan tiga elemen hukum model Friedman lalu, kita telah mendapatkan gambaran apa sebenarnya elemen hukum *structure* dan bagaimana kedudukannya di dalam suatu sistem hukum.

³²¹ Ibid, Putusan Mahkamah Konstitusi, hal 262

³²² Ibid, Putusan Mahkamah Konstitusi, hal.262

Selanjutnya dalam pembahasan kali ini, peneliti berpendapat bahwa tidak kalah pentingnya melihat latar belakang para Hakim Konstitusi MK yang menjadi eksekutor putusan MK a qua itu dengan memahami putusan MK itu sendiri. Peneliti sepenuhnya sangat setuju dengan tesis Friedman yang menyatakan bahwa *'positioning' structure* langsung atau tidak langsung sangat mempengaruhi sikap dan persepsinya terhadap suatu isu hukum.

Dan hal ini menjadi sangat menarik menurut peneliti, karena ternyata di antara 9 (sembilan) Hakim Konstitusi yang *'membedani'* keluarnya putusan MK tentang judicial review UU PM itu, terdiri dari berbagai macam latar belakang. Dan hanya dua saja yang memiliki latar belakang sebagai hakim, (Hakim Konstitusi Maruarar Siahaan³²³ dan Hakim Konstitusi Soedarsono³²⁴). Hakim konstitusi yang pertama, dalam putusan MK a qua adalah satu-satunya hakim konstitusi yang memberikan pendapat berbeda (*dissenting opinion*), sedangkan yang kedua adalah hakim konstitusi yang produktif yang menerbitkan pikiran-pikiran kritisnya mengenai perkara-perkara yang menurutnya *'kontroversi'* diperiksa MK.³²⁵

Di samping itu, dari sembilan Hakim Konstitusi itu, tidak satupun dari unsur hakim atau minimal pakar hukum yang profesional di bidang Hukum Ekonomi (Hukum Bisnis) yang diharapkan lebih mampu *'menangkap'* alasan-alasan hukum dari aspek hukum bisnis sebagai *thinking basic* yang seharusnya

³²³ Hakim Konstitusi kelahiran Tanah Jawa, Sumater Utara, 16 Desember 1942 silam yang memiliki motto *"Hidup itu singkat, karenanya berbuat baiklah selagi sempat"* ini, adalah sosok hakim karir yang kritis dalam setiap perkara yang ditangani MK. Dan dengan pertimbangan kapabilitasnya sebagai hakim yang mumpuni, wajar jika Mahkamah Agung mengusulkannya menjadi salah satu Hakim Konstitusi RI.

³²⁴ Hakim Konstitusi yang satu ini adalah Hakim Konstitusi MK RI yang paling produktif mengkaji ulang putusan-putusan MK yang bersangkutan terlibat langsung di dalamnya. Pandangan-pandangan seorang Raden *'Damarwulan'* yang sering digelar *'Profesor'* kelahiran Surabaya, 5 Juni 1941 silam ini, diungkapkannya sendiri dalam tulisan-tulisannya antara lain : *"Hakim Adalah Sejarah Hidup Saya" Kisah Perjalanan Dan Pengabdian Hakim Konstitusi Soedarsono*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2008). *Kontroversi Atas Putusan Mahkamah Konstitusi, Catatan Hakim Konstitusi Soedarsono*. (Jakarta: Sekretaris Jenderal Dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008). *Putusan Mahkamah Konstitusi Tanpa Mufakat Bulat, Catatan Hakim Konstitusi Soedarsono*. (Jakarta: Sekretaris Jenderal Dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008).

³²⁵ Memang terdapat tulisan hakim konstitusi lainnya terkait dengan perkara yang mereka periksa selain beliau, tetapi tulisan-tulisan itu lebih terkesan sebagai tulisan ilmiah yang cenderung *'filosofis'* jika dibandingkan dengan tulisan Hakim Konstitusi Soedarsono ini yang lebih spesifik dengan *'spirit'* seorang hakim yang sesungguhnya.

ada dalam memahami substansi yang diatur dalam Undang-Undang Penanaman Modal, termasuk segala sesuatu yang terkait dengan kegiatan investasi di suatu negara. Kedua hakim konstitusi yang berlatar belakang sebagai hakim adalah hakim yang lebih *concern* di bidang Hukum Pidana dan Hukum Administrasi Negara/ PTUN.³²⁶

Hal ini penting menurut peneliti karena beberapa hal, diantaranya : *pertama*, seberapa hebat pun seseorang dalam suatu bidang keilmuan, tidak dapat serta merta dianggap mudah memahami substansi masalah di luar kompetensinya. Dalam Islam dikenal suatu sabda Nabi Muhammad SAW yang mahfumnya diterjemahkan dalam suatu ungkapan; “*Right man on the right job.*”³²⁷ Adagium ini mengandung pengertian bahwa, hendaknya suatu *job* memang diisi oleh orang yang menguasai seluk beluk bidang dalam *job* itu, kredibel dan profesional.

Tentu saja dalam hal ini tidak dimaksudkan mengecilkan peran para hakim konstitusi yang ‘membidani’ keluarnya putusan MK a qua itu, yang latar belakang profesi mereka, yang sebagian besar adalah akademisi di bidang ilmu Hukum Tata Negara, Hukum Pidana, Perbandingan Hukum, Hukum Internasional dan Hukum Administrasi Negara, bahkan ada yang berpengalaman sebagai bagian dari politik praktis. Hal ini terjadi karena memang UU MK memberikan peluang dipilihnya unsur hakim konstitusi oleh komunitas politik, yang tentu saja ‘aroma’ politiknya kental.³²⁸ Sebut saja diantaranya adalah Hakim Konstitusi I Dewa Gede Palguna,³²⁹ Hakim Konstitusi H. Harjono³³⁰ dan Hakim Konstitusi Letjen. TNI (Purn.) H. Achmad Roestand³³¹

³²⁶ Lihat profil para hakim konstitusi periode 2003-2008 dalam *Profil Hakim Konstitusi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2007).

³²⁷ Rasulullah SAW bersabda : “*Apabila suatu pekerjaan diserahkan kepada yang bukan ahlinya, maka tunggulah saat kehancurannya.*” (Al Hadits)

³²⁸ Lihat Pasal 18 UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 89, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316), selanjutnya di sebut UU MK.

³²⁹ Hakim Konstitusi kelahiran Bangli, Bali 24 Desember 1961 ini adalah dosen tetap Fakultas Hukum Udayana Bali sejak 1998. karir politiknya dimulai dengan menjadi anggota Panitia Pengawas Pemilu (Panwaslu) Daerah Tingkat I Bali (1999) dan sebagai Anggota MPR RI dari utusan daerah Provinsi Bali (Periode 1999-2004). Komitmen hakim konstitusi ini adalah, “*Tanpa demokrasi dan rule of law suatu bangsa bisa menikmati kemakmuran, tetapi adalah juga benar bahwa tanpa demokrasi dan rule of law suatu bangsa sudah pasti tidak menikmati keadilan.*”

Walaupun memang sepenuhnya diakui bahwa *basic* kesarjanaannya adalah sarjana hukum. Tetapi dengan latar belakang profesi dan lingkungan profesi, akan sangat mempengaruhi persepsi dari hakim-hakim itu. Peneliti tidak mengatakan bahwa mereka tidak pantas untuk menjadi bagian dari lembaga kehakiman yang sudah seharusnya terbebas dari anasir-anasir kompromi ‘ala politisi’.

Di satu sisi, peneliti sepenuhnya sependapat dengan Mahfud MD. (saat penulisan tesis ini, menjabat sebagai Ketua Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia), yang mengatakan bahwa hukum adalah kristalisasi dari kehendak-kehendak politik—yang sebenarnya pendapat beliau ini bukanlah hal baru. Dan sebenarnya adalah intisari dari salah satu pemikiran aliran hukum yang dikenal dengan nama CLS (*Critical Legal Studies*), yang menyatakan bahwa hukum adalah produk politik—yang pada tataran rancangan peraturan perundangan, hal itu memang dapat dibenarkan.

Tetapi di sisi lain, pada tataran praksis setelah peraturan perundang-undangan itu diberlakukan, siapapun baik dia aparat hukum atau bukan, memiliki kewajiban untuk menyandarkan pendapat, opini apalagi putusan hukum kepada hukum positif yang ada. Minimal, pengambilan putusan atau pendapat hukum sebagai dasar pertimbangan hukum didasarkan pada semangat kompetensi dan objektivitas ilmiah. Hal ini untuk menjamin apa yang dikatakan Max Weber sebagai ‘wibawa hukum’.³³²

Kompromi-kompromi di luar pertimbangan hukum oleh lembaga kehakiman—notabene adalah lembaga yang menjamin supremasi dan kepastian

³³⁰ Hakim Konstitusi yang memiliki motto, “*Kesederhanaan pangkal kearifan*” adalah seorang dosen teladan (1995) kelahiran Nganjuk, Jawa Timur, 31 Maret 1948 silam. Jabatan politiknya sebagai Anggota MPR RI unsur utusan daerah dari Provinsi Jawa Timur adalah jabatan politik terakhir beliau sebelum diangkat menjadi Hakim Konstitusi periode 2003-2008.

³³¹ Hakim Konstitusi kelahiran Banjar, Jawa Barat 1 Maret 1941 silam ini adalah sosok seorang yang karirnya bergelut di banyak ‘medan tempur’. Beliau adalah seorang militer, akademisi, pengacara sekaligus sebagai politisi yang sudah menjadi bagian dari Gedung Senayan semenjak berpangkat Kolonel, dimulai dari anggota, Wakil Ketua Komisi III, Ketua Komisi II, Wakil Ketua F-ABRI Bidang Polkam dan Fraksi TNI/Polri (sebelum ABRI kembali ke ‘khittah’nya), dan pernah juga menjadi Ketua Badan Pekerja MPR RI. Hakim konstitusi yang ‘multi-colour’ ini sepenuhnya menyadari, bahwa tantangan yang harus dihadapi oleh hakim konstitusi, antara lain adanya potensi terjadinya intervensi dan pressure, baik dari infrastruktur maupun suprastruktur politik yang memperjuangkan kepentingannya.

³³² Lihat uraian Bab II, tentang ‘predictability’.

hukum dalam kerangka kompetensi disiplin—pada akhirnya akan melemahkan kredibilitas lembaga kehakiman itu. Dan sebaliknya, adanya kompetensi, profesionalitas dan objektivitas disiplin dalam pertimbangan suatu putusan lembaga kehakiman, akan menjadikan lembaga itu berwibawa dan akan dipandang sebagai lembaga yang memang mengerti hukum secara mendalam dalam semua aspek disiplin hukum yang ada.

MK perlu memberi perhatian dalam hal ini ke depan, agar protes-protes yang men-*judgment* Hakim Konstitusi MK dangkal dalam memberi pertimbangan hukum, tidak memiliki kompetensi atau kurang melihat substansi masalah secara komprehensif tidak akan terulang di masa datang. Dan terkait dengan hal ini, peneliti berpendapat :

Pertama, Perlunya peninjauan kembali ketentuan perekrutan hakim konsitusi yang diamanatkan UU MK, terutama Pasal 15. di mana di dalamnya diatur tentang syarat seorang Hakim Konstitusi sebagai berikut : a. memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela; b. adil; dan c. negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, harus ditambah dengan syarat satu lagi, yaitu syarat kompetensi. Bahkan kalau perlu, kompetensi ini dirinci sesuai kebutuhan faktual, terkait dengan tugas *judicial review* MK yang merupakan lembaga penguji undang-undang yang substansinya terkait dengan disiplin lain di dalam dan di luar ranah hukum.

Hal ini untuk menghindari eksklusivisme MK agar dalam melakukan *judicial review*, tidak melulu melihat dari perspektif Hukum Konstitusi/ Hukum Tata Negara/ Hukum Administrasi Negara, tetapi lebih jauh lagi, harus menguasai benar substansi perkara yang diperiksa. Konsekuensi jelas, bahwa hakim konstitusi yang tidak memiliki kompetensi yang dibutuhkan itu, sebaiknya tidak diangkat sebagai hakim konstitusi.

Di samping itu, *image* yang berkembang bahwa hakim konstitusi adalah melulu orang yang menguasai hukum konsitusi sebaiknya dikaji lebih jauh lagi. Karena menurut kami, konsep ‘pohon hukum’ yang mengkotak-kotakan disiplin hukum dalam lembaga yang dijuluki sebagai *the guardian of the constitution* ini. Karena walaupun memang dapat diterima bahwa konstitusi adalah bagian cabang

tersendiri dalam ilmu hukum—pada tataran teoritis—tetapi juga perlu diingat bahwa dalam praktek, tidak jarang dalam suatu perkara *judicial review* terjadi *domain* antar disiplin di dalam ilmu hukum itu sendiri yang mengharuskan adanya kolaborasi dan konvergensi berbagai disiplin itu, untuk memaksimalkan penemuan hukum dan pada gilirannya akan menghasilkan putusan yang matang dilihat dari sudut pandang disiplin hukum mana pun. Konsep inilah yang dimaksud Prof. Mastuhu (seorang pakar sains dari UIN) sebagai ‘jaringan ilmu’.

Hal ini tidak berarti para hakim harus menguasai seluruh disiplin di luar kompetensinya itu, tetapi bukankah misalnya dalam pemeriksaan suatu perkara terkait dengan produk perundang-undangan di bidang investasi, maka perlu ada seorang hakim konstitusi yang benar-benar memahami seluk beluk masalah investasi. Atau pernah—apalagi kalau sering—menangani perkara-perkara investasi.

Sehingga, ketika meminta saksi ahli mengutarakan pendapat tentang investasi, hakim-hakim konstitusi bisa lebih ‘menangkap’ secara komprehensif apa yang disampaikan saksi ahli itu. Sehingga adagium “lain pertimbangan, lain putusan” seperti yang terjadi dalam kasus Putusan Mahkamah Agung terhadap kasus PT. Dirgantara Indonesia v. Karyawannya tidak terjadi di Mahkamah Konstitusi. Putusannya benar secara hukum, tetapi pertimbangan salah secara hukum.

Apalagi menurut Hakim Konstitusi Soedarsono (Hakim Konstitusi Periode 2003-2008), bahwa telah ada gagasan ke depan yang berkembang di dalam MK sendiri, bahwa nantinya peraturan perundang-undangan terendah sekalipun—menurut UU Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Peraturan Daerah/ Perda adalah peraturan perundangan terendah—bisa langsung saja diuji berdasarkan UUD 1945.³³³ Artinya, tuntutan seorang hakim konstitusi untuk tidak melulu memakai paradigma Hukum Tata Negara/ Hukum Administrasi Negara akan semakin menguat, sebagai konsekuensi dari semakin kompleksnya perkara yang akan diperiksa.

³³³ Lihat Soedarsono, “*Hakim Adalah Sejarah Hidup Saya*” *Kisah Perjalanan Dan Pengabdian Hakim Konstitusi Soedarsono*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2008), hal.91

Kedua, peneliti berpendapat, sebaiknya komposisi hakim konstitusi cukuplah terdiri dari para pakar hukum yang mewakili dua segmen kelompok *structure* dalam komunitas hukum, yaitu : 1. Praktisi, diutamakan para hakim karir yang memahami substansi dan prosedur beracara dalam menangani suatu perkara; dan 2. Akademisi, diutamakan para pakar yang sudah diakui kemampuan intelektual, kompetensi dan ketajaman pemahamannya terhadap hukum.

Terkait dengan kelompok pada segmen yang pertama penting menurut peneliti, karena contoh dalam Hukum Kepailitan di Indonesia yang menunjukkan bahwa, tidak selamanya *law in written* sejalan dengan *law in action*.

Khususnya di bidang kepailitan, Siti Anisah dalam disertasinya, menemukan bahwa ternyata Undang-Undang Nomor 37 tahun 2004 tentang Kepailitan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 131, Tambahan Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 4443) yang diberlakukan dengan ‘semangat’ pro kreditor—tercermin dari ketentuan pasal-pasal di dalamnya—pada tataran praksisnya, putusan-putusan pengadilan dalam kasus kepailitan justru menunjukkan *trend* pro debitor. Hal ini menunjukkan fakta bahwa antara hukum materiil dan hukum formil di republik ini, memang ada ‘gap’ yang berpotensi menjadikan sifat *predictability*-nya sistem hukum Indonesia kian *obscure*.

Diharapkan, dengan adanya hakim-hakim karir yang menjadi hakim konstitusi dalam proporsi yang lebih dari yang saat ini, akan memudahkan Majelis Hakim MK memahami dan kemudian membuat keputusan yang objektif, komprehensif dan terukur. Selain itu, adanya kesempatan untuk berkarir di lembaga kehakiman seperti MK ini, tentu saja akan menjadi *paket stimulus* bagi para hakim karir agar dapat lebih meningkatkan profesionalisme dan kompetensinya dalam bidang hukum tertentu dengan memperhatikan jaringan ilmu yang ada. Dan hal ini juga dengan sendirinya akan menghapus stigma yang melekat pada korps hakim Indonesia, terkait lemahnya kompetensi dan profesionalisme mereka.

Selanjutnya, dengan adanya kelompok kedua (akademisi) dalam proporsi yang lebih dari yang ada saat ini, tentu saja akan memberikan suasana ilmiah,

profesional dan komprehensif dalam mempertimbangkan suatu perkara. Sehingga diharapkan, dari kolaborasi dua kelompok pakar hukum dari dua segmen komunitas hukum ini, akan lahir putusan-putusan yang *judgeable* dan mampu dipertanggungjawabkan serta terukur.

Konsekuensi terhadap komposisi hakim konstitusi MK, dengan diterimanya konsep ini, tentu saja dengan sendirinya menghilangkan proporsi calon hakim konstitusi dari jalur politik (calon dari/dipilih oleh lembaga politik). Dan menurut peneliti, ini adalah suatu kewajiban untuk menjaga ‘steril’-nya lembaga kehakiman dari intervensi dan dependensi kekuatan sosial politik yang seringkali ikut campur dalam masalah-masalah yang jelas tidak masuk dalam kewenangan institusinya. Dan peneliti berkeyakinan, bahwa tegaknya *law enforcement* di Indonesia bisa dicapai dengan salah satunya, menempuh jalan ini. Karena adalah sebuah mimpi di siang bolong, jika semua komponen bangsa ini mengharapkan adanya supremasi hukum, tetapi lembaga-lembaga kehakiman tidak steril dari anasir-anasir non-yuridis.³³⁴

4.2.3. Aspek *Legal Culture*

Friedman mengatakan tanpa budaya hukum yang baik, hukum hanya akan menjadi tulisan-tulisan yang tidak bermakna apa-apa. Seperti ikan mati yang terkapar di keranjang, bukan seperti ikan hidup yang berenang di lautan. Dengan kata lain menurut Friedman, diantara elemen-elemen hukum ini, yang paling menentukan tegaknya hukum dalam suatu masyarakat adalah keharusan adanya *Legal Culture* yang kondusif dalam proses penegakan hukum itu sendiri.³³⁵

Artinya, di negara-negara yang memiliki budaya hukum yang baik maka sistem hukumnya cenderung baik dan sebaliknya di negara-negara yang budaya hukumnya korup maka sistem hukumnya cenderung buruk. Hal terjadi karena

³³⁴ Bandingkan dengan tulisan Busthanul Arifin dalam Arifin, Busthanul. Afifi Fauzi Abbas, ed., *Masa Lampau Yang Belum Selesai (Percikan Pikiran Tentang Hukum & Pelaksanaan Hukum)*. Jakarta: OC Kaligis & Associates, 2007.

³³⁵ "the climate of social thought and social forces determines how law is used, avoided or abused. Without legal culture, the legal sistem is inert – a dead fish lying in a basket, not a living fish swimming in its sea"

setiap komunitas masyarakat mempunyai persepsi dan cara sendiri dalam memandang mana yang benar dan mana yang salah.³³⁶

Lebih jauh lagi, *legal culture*—menurut Friedman—tergantung atau sangat dipengaruhi oleh sub-sub *culture* dari masyarakat yang bersangkutan, diantaranya : faktor ekonomi, faktor agama (kepercayaan), status/ posisi dan faktor kepentingan.

Dan terkait dengan Putusan MK a quo ini, kita perlu melihat *frame* pola berpikir dari para hakim konstitusi yang membidani keluarnya putusan ini. Tentu saja dengan melihat budaya hukum yang dianut oleh para hakim itu.

Seperti telah diketahui bersama, Indonesia adalah merupakan negara hukum yang menganut sistem hukum Eropa Kontinental yang merupakan ‘warisan’ dari Belanda yang konon menjajah Indonesia selama 350 tahun lebih. Dalam rentang waktu yang lebih dari tiga abad itu, sudah dapat dipastikan bahwa budaya hukum bangsa Indonesia sarat dengan budaya hukum Belanda—atau lebih umum, Eropa Kontinental—yang positivistik.

Apalagi kita ketahui bersama, bahwa pakar-pakar hukum di Indonesia sejak awal kemerdekaan sampai saat ini adalah produk dari ‘didikan’ meneer-meneer Belanda baik yang menempuh pendidikannya di Indonesia atau langsung di negeri Kincir Angin itu. Relevan dengan hal ini, peneliti berpendapat, tidak ada salahnya kita sedikit melihat uraian Busthanul Arifin³³⁷ sebagai berikut :

“Belanda dulu memang hati-hati sekali untuk mendidik dan menempatkan orang-orang Indonesia sebagai Hakim. Hanya sedikit sekali sarjana-sarjana hukum kita yang menjadi Hakim. Sewaktu Belanda takluk kepada Jepang, hanya seorang Hakim Indonesia yang telah menjadi anggota Pengadilan Tinggi (*Raad van Justice*), yaitu Mr. Kusuma Atmaja, ayah dari mantan Hakim Agung kita, Prof. R. Asikin Kusumaatmaja, SH.

³³⁶ Lihat uraian Bab II tentang elemen hukum Friedman

³³⁷ Busthanul Arifin, *Masa Lampau Yang Belum Selesai (Percikan Pikiran Tentang Hukum & Pelaksanaan Hukum)*. Afifi Fauzi Abbas, ed., (Jakarta: OC Kaligis & Associates, 2007), hal.26-28

Kemudian di tahun 60-an, rupa-rupanyan politik menghendaki supaya kekuasaan kehakiman menjadi revolusioner, maka dikumandangkan slogan bahwa UUD 1945 tidak mengenal trias politika, dan yang mengumandangkannya adalah Presiden Soekarno sendiri, dan untuk simbolnya Ketua Mahkamah Agung waktu itu diangkat sebagai Menteri Koordinator, jadi masuk eksekutif. Presiden Soekarno dari awal-awalnya memang tidak suka pada Hakim-Hakim.

Sepanjang catatan saya (maksudnya Busthanul Arifin) hanya satu kali selama masa jabatannya ia membuka Raker Hakim, itu pun setelah Menteri Kehakiman pada waktu itu (Astrawinata, SH) melarang Hakim memakai toga dalam sidang-sidang pengadilan, dan diganti dengan baju dinas semacam baju seragam militer, pakai tanda-tanda pangkat di bahu.”

Selanjutnya Busthanul menambahkan, “Kemudian di awal-awal masa orde baru (menghadapi pemilu 1971), berkumandang lagi slogan: tidak ada trias politika, tidak ada Hakim yang bebas. Tentu saja semuanya itu adalah politik untuk memapankan kekuasaan, dan suara yang menyuarakan agar Mahkamah Agung dan kekuasaan kehakiman tidak perlu dilibatkan dalam politik demikian, karena mengembalikan fungsi-fungsinya menurut UUD 1945 akan sangat sukar, hilang seakan-akan musafir di padang pasir.”

Uraian ini sengaja dikutip untuk menunjukkan bahwa, betapa sejarah yang panjang telah membentuk karakter hakim atau institusi kehakiman di Indonesia sarat intervensi politik—untuk tidak dibilang antek kekuasaan—yang bermuara pada sulitnya mencari keadilan di lembaga-lembaga yang seharusnya menjadi penegak keadilan itu. Tetapi tentu saja, bukanlah pendapat yang bijaksana jika kita menggeneralisir seluruh hakim/institusi kehakiman memiliki *legal culture* yang seperti ini. Pasti masih banyak hakim dan beberapa institusi kehakiman yang memiliki budaya hukum yang kondusif untuk tegaknya supremasi hukum, walaupun untuk saat sekarang ini dirasakan “Jauh api dari panggang”.

Dan dengan keluarnya putusan MK perihal judicial review UU PM ditambah dengan pengalaman pada putusan-putusan ‘kontroversi’ sebelumnya (yang telah dibahas pada sub bab 1, bab 4 ini) dilihat dari pertimbangan-pertimbangan yang terkesan ‘kurang’ memahami substansi permasalahan dan

'kompromistis' (karena pressure politik), agak sulit kiranya mengharapkan lembaga MK RI menjadi institusi kehakiman yang mampu menjamin tegaknya supremasi hukum di Indonesia.

Apalagi penguatan unsur hakim konstitusi dari/dipilih dari unsur 'sarjana hukum' yang politisi makin menguat dengan terpilihnya Mahfud MD sebagai Ketua MK RI. Walaupun memang beliau adalah akademisi dan pakar Hukum Tata Negara, tetapi sudah merupakan rahasia umum kalau beliau juga tidak bisa dilepaskan dari anasir-anasir komunitas politik.

Meski begitu, dengan *performance* yang sudah dilakukan oleh MK, peneliti juga tidak menutup mata akan adanya harapan besar buat MK ke depan menjadi lembaga kehakiman yang objektif, independen, dan memiliki kompetensi terhadap perkara-perkara yang ditanganinya, tentunya dengan syarat : 1). perlunya perubahan terhadap sistem rekrutmen calon hakim MK; 2). MK harus menunjukkan dalam tataran praksis, bukan sekedar tulisan-tulisan apologis di buku adanya budaya hukum baru yang kondusif untuk *law enforcement* di MK khususnya, dan di dalam sistem hukum di Indonesia pada umumnya.

Budaya hukum itu terutama dan paling utama adanya ketegasan dalam sikap, independensi dan 'tidak banci' ketika berhadapan dengan institusi negara atau elemen masyarakat manapun. Sekiranya adagium "Tegakkan hukum walau langit runtuh", sebagaimana yang dilakukan John Marshall terhadap putusan Presidennya sendiri harus sebisanya diterapkan di MK. Memang terkesan agak idealis, tetapi tindakan-tindakan nyata seperti ini, menurut peneliti akan mampu membangkitkan spirit 'Judge Bao'³³⁸ pada seluruh institusi dan komunitas hukum, baik para yuris yang 'plat merah' maupun 'plat kuning'.

Yang berarti, dengan adanya budaya hukum ini, *law enforcement* di Indonesia bukan lagi sebuah utopia, tapi akan nyata terjadi. Dan perkara merubah budaya ini, sepenuhnya disadari bukanlah semudah membalikan telapak tangan, tetapi seperti keyakinan Barrack Husein Obama—Presiden Amerika Serikat kulit

³³⁸ Sosok Hakim dari China yang melegenda karena keadilannya yang tidak pernah memihak pada siapapun, meski taruhan dari sikapnya yang 'adil' itu adalah nyawa, kehormatan dan keluarganya. Dan tidak jarang menjadikannya dirinya pada posisi berseberangan dengan pihak yang berkuasa.

hitam pertama di negaranya—bahwa, CHANGE, YES WE CAN! Dan bukankah suatu yang besar itu berawal dari mimpi?

4.3. *Non-Legal Determinants* yang Mempengaruhi Keluarnya Putusan MK Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian UU No.25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal.

Zainal Abidin, mewakili Kuasa Pemohon Perkara ketika ditemui seusai sidang menyatakan, “walaupun hanya sebagian permohonan yang dikabulkan, tetapi Putusan MK merupakan selangkah kemenangan atas perjuangan melawan kapitalisme yang berbasis *neo-liberalisme*. Kami akan melangkah lebih jauh lagi menggunakan jalur-jalur hukum yang masih tersedia,” ujar advokat dari Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia ini.³³⁹

Ekspresi yang bernada tendensius ini, setidaknya menggambarkan adanya pressure non-yuridis terhadap MK dalam perkara judicial review UU PM tersebut. Walaupun, dari pihak MK tidak mungkin—untuk tidak dibilang mustahil—mengakui bahwa mereka dalam keadaan di bawah pressure politik ketika mengeluarkan putusan *a quo*. Pengakuan seperti itu tentu saja seperti ‘memotong kaki sendiri’ bagi MK.

Tetapi kalau dilihat dari substansi putusan dan pertimbangan yang mendasari putusan itu, adanya unsur pressure politik ini tidak bisa diabaikan. Artinya, dengan ‘kurang’ pasnya pertimbangan hukum yang mendasari keluarnya putusan MK itu (lihat pembahasan sebelumnya, pada Aspek Substance, bab ini), maka dengan sendirinya tidak dapat ditolak pendapat yang menyatakan bahwa putusan pembatalan Pasal 22 UU PM, sepanjang anak kalimat “dapat diperpanjang dimuka sekaligus,” sangat sarat dengan tindakan ‘kompromi’ dari MK untuk ‘menghibur’ para pemohon dengan tidak dikabulkannya permohonan selebihnya. Jika pendapat ini benar, maka menurut peneliti, terkuburlah hukum di Indonesia.

Mengapa tidak, institusi hukum yang seharusnya menjadi *Land of the Last Resort* bagi para pencari keadilan tidak ada bedanya dengan lembaga-

³³⁹ Ibid, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>

lembaga politik yang segala hal diputuskan dengan semangat kompromi, voting dan suara terbanyak, yang belum tentu merupakan putusan terbaik. Dalam hal ini, ungkapan seorang bijak yang mengatakan bahwa, “*Yang benar itu banyak, tetapi yang banyak itu belum tentu benar,*” sepertinya patut kita renungkan bersama.

Di samping itu, sudah merupakan rahasia umum, kalau putusan-putusan lembaga peradilan kita—dari hulu ke hilir—sangat sarat dengan tindakan pressure ‘ala’ preman, yang dilakukan oleh oknum-oknum *structure* yang memegang jabatan kunci pada lembaga peradilan tersebut. Contoh, yang paling *update*—berita pada saat perampungan penulisan tesis ini—adalah, temuan Koalisi Masyarakat untuk Keadilan dan Kesejahteraan, yang menemukan bukti adanya ‘pressure’ atau intervensi petinggi Mahkamah Agung selaku ‘atasan’, terhadap para hakim lembaga peradilan dibawahnya (baca: Pengadilan Negeri Tangerang), dalam kasus Temasek Holding.³⁴⁰

Koordinator Koalisi Masyarakat untuk Keadilan dan Kesejahteraan yang juga anggota DPD RI dari DKI itu, Marwan Batubara menyatakan, “Hakim itu harusnya bebas intervensi, tetapi nyatanya tidak. Kasus *class action* di PN Tangerang itu menjadi bukti nyata. Intervensi itu menyebabkan kepentingan publik dirugikan triliunan rupiah,” tegasnya.³⁴¹

Dan kejadian ini tidak lebih dari puncak sebuah gunung es betapa kuatnya dependensi faktor non-teknis yang mempengaruhi pengambilan keputusan para hakim. Dan hal ini, tidak mustahil juga terjadi pada MK RI di masa-masa yang akan datang.

Di samping itu, adanya alasan MK yang menyatakan bahwa bahwa adanya dinamika masyarakat yang mempermasalahkan pemberian wewenang kepada penanam modal untuk memanfaatkan bumi, air, kekayaan yang terkandung di dalamnya dalam jangka waktu yang menurut mereka ‘terlalu lama’, dimana pada pengaturan sebelumnya tidak bermasalah.³⁴²

³⁴⁰ *Putusan Temasek Diintervensi*, Surat Kabar Media Indonesia, Edisi Selasa, 9 Desember 2008

³⁴¹ Media Indonesia, Edisi Selasa, 9 Desember 2008, Ibid.

³⁴² Ibid, Putusan Mahkamah Konstitusi

Alasan hukum ini menurut peneliti, seharusnya tidak menjadi landasan pertimbangan MK. Dalam ilmu hukum memang dikenal suatu aliran pemikiran yang disebut *Sociological Jurisprudence*, atau dikenal juga dengan *Socio-Legal Theorist* yang menyatakan bahwa hukum tidak bisa dipahami tanpa dihubungkan dengan realita kehidupan masyarakat. Inti teori ini adalah menghubungkan hukum dengan dinamika masyarakat.³⁴³

Tetapi, perlu juga didefinisikan secara jelas masyarakat mana yang dimaksud, dan kepentingan ‘masyarakat mana’ yang menjadi prioritas untuk dilindungi. Apakah segelintir kelompok orang dapat diakui sebagai representasi beratus juta penduduk di suatu negara? Dalam hal ini, penulis berpendapat pembatalan suatu klausa dalam UU yang notabene dibuat oleh representasi masyarakat Indonesia terbesar karena adanya ketidaksetujuan ‘sebagian masyarakat’ adalah sangat riskan dan akan menimbulkan kaburnya *predictability* hukum itu sendiri.³⁴⁴

Predictability sendiri diartikan, bahwa sistem hukum di suatu negara dalam kaitannya dengan penanaman modal asing harus dapat memberikan kepastian hukum bagi semua pihak yang terkait, terutama pihak investor. Bahkan Max Weber menyatakan bahwa *predictability* itulah yang ia namakan ‘rational’—bentuk hukum yang ideal karena sifatnya yang dapat diprediksi.³⁴⁵

Jadi menurut penulis, alasan ini berpotensi mengurangi masuknya investasi asing masuk ke Indonesia, karena semakin menguatkan asumsi mereka bahwa hukum Indonesia memang *unpredictable*, karena berbagai intervensi—terutama intervensi politik—yang sangat kental. Dan kalau dilihat lebih jauh, determinan politik ini memang akan sangat sulit dihindari, apabila MK tidak ada perubahan dalam struktur Majelis Hakim MK.

³⁴³ Lihat tulisan D. Lloyd and Freeman dalam *Introduction to Jurisprudence* dalam kumpulan tulisan, Jufrina Rizal, (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003).

³⁴⁴ Lihat tulisan Leonard J. Theberge, *Law and Economic Development*, Journal Of International Law And Policy, p.232, dikumpulkan oleh Erman Rajagukguk dalam *Hukum dan Pembangunan (Bahan Diskusi Program Magister)*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2006. hal. 157

³⁴⁵ Max Weber ; *Law in Economy and Society*, dalam A Primer in the Sociology of Law (second edition) oleh Dragan Milovanovich, (New York: Harrow dan Heston Publishers, 1994), p.46

Dalam hal ini peneliti berpendapat, meskipun di satu sisi *performance* MK saat ini cenderung memiliki kesan yang baik dalam rangka penegakan hukum di Indonesia, tetapi di sisi lain, ternyata MK juga belum bisa—untuk tidak dikatakan tidak bisa—menunjukkan adanya sikap tegas dan tanpa pandang bulu dalam membuat putusan, yang seharusnya menjadi karakter dari sebuah institusi penegak hukum.

Kesan adanya kompromi-kompromi yang seharusnya hanya terjadi pada lembaga-lembaga politik masih sulit dihilangkan dari ‘wajah’ MK. Sehingga menurut peneliti, adalah sesuatu yang wajar jika kemudian muncul nada-nada skeptis tentang kemampuan MK menjadi the guardian of constitution, yang berarti MK diragukan menjadi salah satu institusi ‘penjaga’ tegaknya supremasi hukum. Bahkan lebih dari itu, ekspresi keraguan akan adanya ketegasan dan sikap tidak pandang bulu dari MK muncul dalam *statement* yang mengomentari keluarnya Putusan Perkara Nomor 072-073/PUU-II/2004 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah (UU Pemda) Terhadap UUD 1945, yang mengatakan bahwa putusan ini adalah ‘Putusan yang luar biasa banci!’.

Selanjutnya, peneliti melihat adanya ‘celah’ dalam sistem perekrutan calon hakim MK perlu dikaji lebih jauh lagi terkait dengan ‘kurang jantannya’ Majelis Hakim MK, memutuskan perkara tanpa terpengaruhi oleh tekanan-tekanan politik yang bias.

Celah itu menurut peneliti adalah, adanya calon-calon dari unsur lembaga politik dan/atau dipilih oleh lembaga politik akan semakin memperkeruh kemandirian dan independensi lembaga MK. ‘positioning’ sebagai politisi/ ‘orang dekat’ politisi para calon hakim dari jalur ini, sudah pasti sedikit/banyak akan dipengaruhi pertimbangan-pertimbangan hakim konstitusi tersebut dalam pengambilan keputusan di tingkat majelis. Adanya calon hakim ini, menurut peneliti akan membuat celah dilakukannya kompromi-kompromi politik dalam setiap pengambilan keputusan yang pada akhirnya bermuara pada hilangnya supremasi hukum karena berbagai kepentingan yang berkompromi itu.

Latar belakang para hakim konstitusi yang rata-rata merupakan pakar di bidang Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi Negara, Hukum Pidana dan Perbandingan Hukum, merupakan salah satu alasan mengapa putusan itu terkesan tidak komprehensif, holistik dan tidak mengena pada substansi masalah. Kita harus sepenuhnya menyadari, bahwa dengan dinamisnya kolaborasi sistem hukum civil law—yang merupakan ‘akar falsafah’ UUD 1945—dengan common law yang lebih eksis pada tataran praksis (sebagaimana yang diekspresikan oleh UU PM), seharusnya para hakim MK harus bisa melihat dan menilai dengan sudut pandang sistem hukum itu masing-masing.

Artinya, meskipun sepenuhnya dapat diterima bahwa UUD 1945 dan para hakim sendiri memiliki cara pandang dari sudut pandang positivistik, tetapi di sisi lain, para hakim juga dituntut untuk melihat substansi masalah dari sudut pandang common law yang lebih menyandarkan pertimbangan pada perkembangan yang ada di masyarakat. Dan hal ini memang sulit, jika para hakim konstitusi hanya memahami satu aspek hukum—Hukum Tata Negara/ Hukum Administrasi Negara yang menjadi basic untuk memahami UUD 1945—tanpa mau melihat dan memahami konteks masalah dari aspek hukum, yang sebenarnya disitulah letak akar permasalahan (dalam judicial review UU PM ini, aspek Hukum Bisnis/ Hukum Ekonomi yang seharusnya mendapat proporsi kajian yang minimal sama).

Di samping itu, determinan non yuridis lainnya yang tidak kalah pentingnya adalah, adanya budaya hukum warisan yang melekat pada institusi kehakiman, semenjak Presiden Soekarno menyatakan tidak adanya Trias Politika dalam sistem pemerintahan NKRI, dan dimasukkannya MA menjadi sub-ordinasi dari lembaga eksekutif—dan ironisnya, legal culture ini terus dipertahankan sampai saat ini—adalah merupakan ‘kesalahan pertama’ dari founding father’s negara ini yang mengakibatkan rusaknya sistem hukum dan lemahnya law enforcement di negara yang konon ‘negara hukum ini’.

Yang dengan ‘kebijakan represif’ ini, membawa dampak yang sangat buruk terutama dalam kaitannya dengan kemandirian hakim-hakim dalam memutuskan perkara. Dengan lain perkataan, Kondisi *repressive approach*

terhadap hakim yang gencar dan berlangsung sangat lama oleh eksekutif terhadap lembaga yudikatif sehingga menyebabkan lemahnya kemandirian hakim dalam membuat suatu putusan yang memenuhi rasa keadilan, atau minimal memenuhi kriteria-kriteria yuridis yang menjadikan putusan itu *judgeable*. Dan kesan dependensi ini, oleh MK—untuk saat ini—belum bisa dihilangkan.



BAB 5. KESIMPULAN DAN SARAN

5.1. Kesimpulan

Dari uraian di atas, dapat ditarik beberapa kesimpulan diantaranya :

1. Sebagai institusi kehakiman yang tergolong baru, di satu sisi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia telah menunjukkan *performance* kinerja yang lumayan menggembirakan, sehingga patut diberikan apresiasi atas prestasinya. Namun di sisi lain, juga terdapat beberapa catatan yang perlu dibenahi oleh MK terkait kinerjanya.
2. *Legal reasoning* yang dijadikan alasan pertimbangan hukum oleh MK dalam putusan a qua, terkesan sembrono, kurang jeli dan jauh dari pemahaman terhadap substansi masalah.
3. Tidak dapat dipungkiri, bahwa memang anasir-anasir politik berupa *pressure* politik sangat mempengaruhi substansi putusan MK a qua. Dan hal ini sangat sulit memang untuk dihindari, disebabkan karena sudah sangat kentalnya budaya kompromi dalam setiap pengambilan keputusan publik, yang seharusnya tidak terjadi dalam ranah Hukum.

5.2. Saran

Oleh karena itu, peneliti menyarankan :

1. Perlunya pembenahan internal dalam kelembagaan MK sebagai salah satu *land of the last resort* pencari keadilan. Pembenahan itu antara lain : *Pertama*, Terkait dengan kecenderungan metode penafsiran peraturan perundangan yang terlalu *original content*, peneliti sepakat dengan saran dan masukan yang mengemuka pada saat peluncuran buku *Hukum Konstitusi Jerman : Beberapa Kasus Terpilih*, di gedung MK, Jakarta, Senin, 17 November 2008 lalu. Di mana pada acara yang menghadirkan pembicara Hakim MK Jerman (Siegfried Bross), Ketua Hakim MK Indonesia (Mahfud MD), Guru Besar Fakultas Hukum UI (Satya Arinanto), dan Ketua Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia—

YLBHI (Patra Zen), itu MK diminta untuk : 1), lebih progresif dalam menafsirkan UUD 1945, tidak melulu mendasarkan pada *original intent*, tetapi sesuai dengan kebutuhan zaman. 2). Hakim Konstitusi MK juga diminta berani menerobos ketentuan prosedural dan tidak menjadikannya alasan untuk tidak mengadili atau memeriksa suatu perkara. Dengan catatan, hal itu dilakukan demi tegaknya hak dan keadilan warga negara yang dijamin konstitusi.

Kedua, Terkait dengan sikap MK yang oleh sebagian orang dikatakan, ‘banci’, peneliti menyarankan, agar MK dalam putusan-putusannya ke depan harus lebih berani untuk menyatakan yang hitam itu hitam, dan yang putih itu putih; “*tegakkan hukum meski langit akan runtuh!*” karena hal ini akan memberi efek yang luar biasa dalam konstruksi hukum di Indonesia. Sikap yang tegas dan tidak pandang bulu sebuah *the guardian of the constitution* ini, tentu saja akan membawa spirit baru bagi para hakim lainnya di lembaga kehakiman lainnya untuk menjadi ‘lebih jantan’ dalam memutus perkara. Memang hal ini akan menimbulkan resiko yang tidak kecil, tetapi demi keadilan dan tegaknya wibawa hukum sikap ini harus ada pada lembaga yang diharapkan menjadi tulang punggung konstitusi. *die for something, or live for nothing!* Dalam bahasa yang lebih dikenal, *lebih baik mati berkalang tanah daripada hidup bercermin bangkai.*

Ketiga, Terkait dengan perekrutan calon hakim MK, peneliti berpendapat, perlunya peninjauan kembali terhadap ketentuan perekrutan hakim konstitusi yang diamanatkan UU MK, terutama Pasal 15. di mana di dalamnya diatur tentang syarat seorang Hakim Konstitusi sebagai berikut : a. memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela; b. adil; dan c. negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, harus ditambah dengan syarat satu lagi, yaitu syarat kompetensi. Bahkan kalau perlu, kompetensi ini dirinci sesuai kebutuhan faktual, terkait dengan tugas *judicial review* MK yang merupakan lembaga penguji undang-undang yang substansinya terkait dengan disiplin lain di dalam dan di luar ranah hukum.

Hal ini untuk menghindari eksklusivisme MK agar dalam melakukan *judicial review*, tidak melulu melihat dari perspektif Hukum Konstitusi/ Hukum Tata Negara/ Hukum Administrasi Negara, tetapi lebih jauh lagi, harus menguasai benar substansi perkara yang diperiksa. Konsekuensi jelas, bahwa hakim konstitusi yang tidak memiliki kompetensi yang dibutuhkan itu, sebaiknya tidak diangkat sebagai hakim konstitusi. Di samping itu, *image* yang berkembang bahwa hakim konstitusi adalah melulu orang yang menguasai hukum konstitusi sebaiknya dikaji lebih jauh lagi.

Karena menurut kami, konsep ‘pohon hukum’ yang mengkotak-kotakan disiplin hukum dalam lembaga yang dijuluki sebagai *the guardian of the constitution* ini. Karena walaupun memang dapat diterima bahwa konstitusi adalah bagian cabang tersendiri dalam ilmu hukum—pada tataran teoritis—tetapi juga perlu diingat bahwa dalam praktek, tidak jarang dalam suatu perkara *judicial review* terjadi *domain* antar disiplin di dalam ilmu hukum itu sendiri yang mengharuskan adanya kolaborasi dan konvergensi berbagai disiplin itu, untuk memaksimalkan penemuan hukum dan pada gilirannya akan menghasilkan putusan yang matang dilihat dari sudut pandang disiplin hukum mana pun.

Konsep inilah yang dimaksud Prof. Mastuhu (seorang pakar sains dan pendidikan nasional dari Universitas Islam Negeri, UIN) sebagai ‘jaringan ilmu’. Hal ini tidak berarti para hakim harus menguasai seluruh disiplin di luar kompetensinya itu, tetapi bukankah misalnya dalam pemeriksaan suatu perkara terkait dengan produk perundang-undangan di bidang investasi, maka perlu ada seorang hakim konstitusi yang benar-benar memahami seluk beluk masalah investasi. Atau pernah—apalagi kalau sering—menangani perkara-perkara investasi. Sehingga, ketika meminta saksi ahli mengutarakan pendapat tentang investasi, hakim-hakim konstitusi bisa lebih ‘menangkap’ secara komprehensif apa yang disampaikan saksi ahli itu. Sehingga adagium “lain pertimbangan, lain putusan” seperti yang terjadi dalam kasus Putusan Mahkamah Agung terhadap kasus PT. Dirgantara Indonesia v. Karyawannya, tidak

terjadi di Mahkamah Konstitusi. Putusannya benar secara hukum, tetapi pertimbangan salah secara hukum. Apalagi menurut Hakim Konstitusi Soedarsono (Hakim Konstitusi Periode 2003-2008), bahwa telah ada gagasan ke depan yang berkembang di dalam MK sendiri, bahwa nantinya peraturan perundang-undangan terendah sekalipun—menurut UU Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Peraturan Daerah/ Perda adalah peraturan perundangan terendah—bisa langsung saja diuji berdasarkan UUD 1945. Artinya, tuntutan seorang hakim konstitusi untuk tidak melulu memakai paradigma Hukum Tata Negara/ Hukum Administrasi Negara akan semakin menguat, sebagai konsekuensi dari semakin kompleksnya perkara yang akan diperiksa.

2. Terkait dengan *legal reasoning* dan determinan-determinan yuridis/ non-yuridis yang mempengaruhi keluarnya putusan MK, peneliti menyarankan seyogyanya Majelis Hakim MK ditempati oleh pakar-pakar dari berbagai lintas disiplin ilmu hukum, dan tidak melulu dari pakar hukum yang hanya menguasai satu disiplin dalam ilmu hukum. Hal ini untuk menghindari munculnya pertimbangan-pertimbangan hukum yang ‘dangkal’, parsial, dan tidak komprehensif. Dalam perkara-perkara yang substansinya merupakan ranah Hukum Bisnis, sedapatnya melibatkan hakim yang menguasai atau sangat memahami Hukum Bisnis.

Hal ini diperlukan, agar Majelis Hakim yang memeriksa perkara tersebut, tidak saja sekedar mendengar kesaksian para saksi ahli yang bisa saja diambil dari para pakar hukum ekonomi, tetapi dengan adanya hakim konstitusi yang menguasai hukum ekonomi secara mumpuni, juga akan bisa lebih menangkap ‘rasa’ dari kesaksian itu. Bagaimanapun juga, untuk memaksimalkan keluarnya putusan yang paling mendekati ‘rasa keadilan’ diperlukan perhatian yang lebih terhadap faktor-faktor di luar *substance* semata. Faktor ‘positioning’ dari *structure*, dan budaya hukum juga sangat menentukan hal itu.

3. Terkait dengan adanya anasir-anasir yang mempengaruhi substansi putusan atau proses keluarnya putusan, menurut peneliti, dengan terpenuhinya saran kedua (adanya pakar-pakar yang memahami substansi masalah), maka dengan sendirinya *pressure-pressure* kelompok masyarakat yang biasanya menekan akan sedikit diminimalisir, karena ketika putusan itu dibuat berdasarkan dalil-dalil ilmiah yang kuat dan alasan-alasan teoretik dan empiris yang valid, maka dengan sendirinya ‘tukang protes’ akan lebih hati-hati dalam melakukan aksi-aksi protes.



BIBLIOGRAFI

A. Peraturan Perundang-Undangan

Indonesia. Undang-Undang Dasar 1945. *Dalam satu naskah.*

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 012/PUU-I/2003 Perihal Pengujian Undang-undang No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003 perihal pengujian Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 Perihal Pengujian Undang-undang No. 20 Tahun 2002 Tentang Ketenagalistrikan.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 004/PUU-I/2003 Perihal Pengujian Undang-Undang No.14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 011/PUU-I/2003 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 006/PUU-II/2004 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 Tentang Advokat

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004 Perihal Pengujian Undang-undang No. 7 Tahun 2004 Tentang Sumber Daya Air.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 066/PUU-II/2004 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1987 Tentang Kamar

Dagang Dan Industri Dan UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 069/PUU-II/2004 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 072-073/PUU-II/2004 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 003/PUU-IV/2006 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 005/PUU-IV/2006 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial Dan UU No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 006/PUU-IV/2006 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2004 Tentang Komisi Kebenaran Dan Rekonsiliasi.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Korupsi.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 013-022/PUU-IV/2006 Perihal Pengujian Pasal-Pasal Penghinaan Dalam KUHP.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 004/PUU-V/2007 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2004 Tentang Praktik Kedokteran.

Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 005/PUU-V/2007 Perihal Pengujian Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah.

- Indonesia. Putusan Mahkamah Konstitusi. Nomor 21-22/PUU-V/2007 Tentang Pengujian (*Judicial Review*) UU Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal.
- Indonesia. *Undang-Undang Penanaman Modal*. UU No. 25 tahun 2007. LN No.67 Tahun 2007, TLN No. 4724.
- Indonesia, *Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA)*, UU No. 5 tahun 1960. LN No. 104 Tahun 1960, TLN No. 2043.
- Indonesia, *Undang-Undang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah*, UU. No. 4 Tahun 1996. LN No. 42 Tahun 1996, TLN No. 3632.
- Indonesia. *Undang-Undang Penanaman Modal Asing*. UU No. 1 Tahun 1967. LN No. Tahun 1967, TLN No. 2818.
- Indonesia. *Perubahan dan Tambahan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing*. UU No. 11 Tahun 1970. LN No. 46 Tahun 1970, TLN No. 2943.
- Indonesia. *Undang-Undang Penanaman Modal Dalam Negeri*. UU No. 6 Tahun 1968. LN No. 33 Tahun 1968, TLN No. 2853
- Indonesia. *Perubahan dan Tambahan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri*. UU No. 12 Tahun 1970. LN Mo. 47 Tahun 1970, TLN 2944.
- Indonesia. *Undang-Undang Pemerintahan Daerah*. UU No. 32 Tahun 2004, LN No. 125 Tahun 2004, TLN No. 4437.
- Indonesia. *Peraturan Pemerintah Kewenangan Pemerintah dan Kewenangan Pemerintah Propinsi Sebagai Daerah Otonom*. PP No. 25 Tahun 2000, LN No. 54 Tahun 2000, TLN 3952.
- Indonesia. *Keputusan Presiden Penyelenggaraan Penanaman Modal Dalam Rangka Penanaman Modal Asing Dan Penanaman Modal Dalam Negeri Melalui Sistem Pelayanan Satu Atap*. Keppres No. 29 Tahun 2004.

B. Buku Pintar

- Amiruddin dan H. Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2006.
- Anoraga, Pandji. *Perusahaan Multinasional Dan Penanaman Modal Asing*. Semarang: Pustaka Jaya, 1994.
- Arifin, Busthanul. Afifi Fauzi Abbas, ed., *Masa Lampau Yang Belum Selesai (Percikan Pikiran Tentang Hukum & Pelaksanaan Hukum)*. Jakarta: OC Kaligis & Associates, 2007.
- Arinanto, Satya. *Politik Hukum I dan 2*, Edisi Pertama. Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2001.
- *Kumpulan Materi Kuliah Politik Hukum (Disusun dari Berbagai sumber Kepustakaan)*. Jakarta: Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.
- Ash Shiddiqie, Jimly. dan Mustafa Fakhri, *Mahkamah Konstitusi, Kompilasi Ketentuan Konstitusi, Undang-Undang Dan Peraturan Di 78 Negara*. Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Universitas Indonesia dan Asosiasi Pengajar Hukum Tata Negara Dan Hukum Administrasi Negara Indonesia, 2003.
- dkk. *Menjaga Denyut Konstitusi: Refleksi Satu Tahun Mahkamah Konstitusi*, (Ed. Refly Harun, Zainal A.M. Husein dan Bisariyadi), Cetakan Pertama. Jakarta: Konstitusi Press, 2004.
- *Perihal Undang-Undang*, Cetakan I. Jakarta: Konstitusi Press, 2006.
- Bakri, Muhammad. *Hak Menguasai Tanah Oleh Negara (Paradigma Baru Untuk Reformasi Agraria)*, Yogyakarta: Citra Media, 2007.
- Bashri, Yanto, ed. *Adakah Jalan Pintas Dalam Pembangunan Ekonomi? Dalam Mau Kemana Pembangunan Ekonomi Indonesia Prisma Pemikiran Prof. DR. Dorodjatun Kuntoro-Jakti*. Jakarta: Prenada, 2003.
- Basri, Faisal. *Perekonomian Indonesia Tantangan Dan Harapan Bagi Kebangkitan Indonesia*. Jakarta: Erlangga, 2002.

- Batubara, Marwan. Et al. *Tragedi & Ironi Block Cepu, Nasionalisme Yang Tergadai*. Jakarta: Bening CitraKreasi Indonesia, 2006.
- Barzun, Jacques and Henry F. Graff, *The Modern Researcher*, 6th Edition. Belmont, CA-USA, 2004.
- Bell, Judith. *Melakukan Proyek Penelitian Secara Mandiri; Penuntun Bagi Para Peneliti Pemula Dalam Bidang Pendidikan, Kesehatan, dan Ilmu Sosial* (Judul Asli: *Doing Your Research Project; A guide For First-Time researchers in Education, Health and Social Science*)), Edisi Keempat, Alih Bahasa : Jacobus Embu Lato. Jakarta: PT. Indeks Kelompok Gramedia, 2006.
- BKPM. *A Brief Guide For Investment*. Jakarta: BKPM, 2005.
- Blaxter, Loraine., Christina Hughes dan Malcolm Thight, *How To Research; Seluk Beluk Melakukan Riset*, Alih Bahasa : Agustina R.E. Sitepoe. Jakarta: PT. Indeks Kelompok Gramedia, 2006.
- BPHN, *Pengkajian Tentang Masalah Hukum Judicial Review Oleh Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional & Departemen Hukum dan Hak Azasi Manusia RI, Tim Pengkajian dibawah pimpinan Winarno Yudho, 2007.
- Bryman, Alan & Robert G. Burgess (Ed.), *Qualitative Research*. London-Thousand Oaks, CA-New Delhi: Sage Publications Ltd., 1999.
- Calvi, James V. and Susan Coleman. *American Law And Legal System*. Engelwood Cliffs, New Jersey-USA: Prentice Hall Inc., 1989.
- Cooter, Robert dan Thomas Ulen. *Law and Economics*. 3th ed. USA: Addison-Wesley Education Publisher Inc., 2000.
- Daniels, John D. dan Lee H. Radebaugh. *International Business, Environments and Operations*, Seventh Edition, United States of America: Addison-Wesley Publishing Company Inc., 1995

- Daulay, Ikhsan Rosyada Parluhutan. *Mahkamah Konstitusi, Memahami Keberadaannya Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*. Jakarta: Rineka Cipta, 2006.
- Fuady, Munir. *Pengantar Hukum Bisnis Menata Bisnis Modern di Era Globalisasi*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2005.
- Friedman, Lawrence M. *American Law : An Introduction*. New York – London: W.W. Norton & Company, 1998.
- *American Law An Introduction : Second Edition, Hukum Amerika : Sebuah Pengantar*. Penerjemah : Wishnu Basuki. Jakarta – Indonesia: Tatanusa, 2001.
- Friedman, Thomas L. *The World Is Flat*. Kata Pengantar : Faisal H. Basri, Cetakan I. Jakarta: Dian Rakyat, 2006.
- Gardner, Bryan A, ed. *Black's Law Dictionary, 7th Edition*. St Paul, Minnesota: West Group, 1999.
- *Black's Law Dictinonary 8th Edition*, St.Paul, MN-USA: Thomson-West Group, 2004.
- Harsono, Boedi. *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Jilid I, Cetakan Kesebelas (Edisi Revisi 2007), Jakarta: Djambatan, 2007.
- Hart, Michael H. *100 Tokoh Paling Berpengaruh Sepanjang Masa*, alih bahasa : Tim Penerbit Kharisma Publishing Group, Batam : Kharisma Publishing Group, 2005.
- HS, Salim dan Budi Sutrisno, *Hukum Investasi Di Indonesia*, Jakarta: Rajagrafindo, 2008.
- Ihori, H. Shibata T. *The Welfare State, Public Investment And Growth*. Tokyo: Springer Verlag, 1998.
- Ilmar, Aminuddin. *Hukum Penanaman Modal Di Indonesia*. Jakarta: Kencana Prenada Media, 2004.

- Juwana, Hikmahanto. *Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*. Jakarta: Lentera Hati, 2002.
- Ke Yan, *Science & Technology in China—Reform and Development*, China: China Intercontinental Press, 2004.
- Kelly, David. Et al. *Business Law*. London-UK: Cavendish Publishing Co., 2002.
- Khor Kok Peng, Marthin. *Globalization and South: Some Critical Issues*. Penang-Malaysia: Third world Network, 2001.
- Kriekhoff, Valerine J.L. *Metode Penelitian Hukum*. Depok: Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.
- Lembaga Studi Hukum Dan Ekonomi Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Ridwan Khairandy. Ed. *Masalah-Masalah Hukum Ekonomi Kontemporer*. Jakarta: FHUI, 2006.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. *Profil Hakim Konstitusi Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2007.
- Mahmudin, Moh. Mahfud. *Politik Hukum Di Indonesia*. Jakarta: Pustaka LP3ES, Indonesia, 1998.
- Mamudji, Sri, dkk. *Metode Penelitian Dan Penulisan Hukum*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.
- Margono, Suyud. *ADR dan Arbitrase Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 2000.
- Marzuki, H.M. Laica. *Berjalan-jalan Di Ranah Hukum: Pikiran-pikiran Lepas Prof. DR. H.M. Laica Marzuki, SH*. Jakarta: Konstitusi Press, 2005.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2006.
- Mastuhu, H. *Sistem Pendidikan Nasional Visioner*, Jakarta: Lentera Hati, 2007.
- Milovanovich, Dragan. *A Primer in the Sociology of Law* (second edition). New York: Harrow dan Heston Publishers, 1994.
- Muchlinski, Peter. *Multinational Enterprises And The Law*. Oxford UK & Cambridge USA: Blackwell Publishers Inc., 1999.

- Muhammad, Farouk dan H. Djaali, *Metodologi Penelitian Sosial*, Edisi Revisi. Jakarta: PTIK Press & Restu Agung, 2005.
- Mulyana, Deddy. *Metodologi Penelitian Kualitatif; Paradigma Baru Ilmu Komunikasi Dan Ilmu Sosial Lainnya*, Bandung: Remaja Rosdakarya, 2003.
- Myers, Michael D. dan David Avison. *Qualitative Research In Information System*. London-Thousand Oaks, CA-New Delhi: Sage Publications, 2002.
- Nawawi, H. Hadari dan H. Mimi Martini, *Penelitian Terapan*. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1994.
- Panjaitan, Hulman. *Hukum Penanaman Modal Asing*. Jakarta: Ind-Hill Co, 2003.
- Perkins, John. *Confession Of An Economic Hit Man (Edisi Indonesia diterjemahkan oleh Herman Tirtaatmaja dan Dwi Karyani)*. Jakarta: Abdi Tandur, 2005.
- Posner, Eric A. Ed. *Chicago Lectures in Law and Economic*. New York: Foundation Press, 2000.
- Posner, Richard A. *Economic Analysis Of Law, 5th ed.* New York: Aspen Publisher Inc., 1998.
- Radjagukguk, Erman. *Hukum dan Pembangunan (Bahan Diskusi Program Magister Jilid I & II)*. Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2006.
- Hikmahanto Juwana dan Timothy Lindsey. *Perubahan Hukum di Indonesia (1998-2004), Harapan 2005*. Jakarta: LDF-FHUI, 2004.
- *Hukum Investasi*. Depok: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.
- *Penyelesaian Sengketa Alternatif*. Depok: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.
- *Hukum Investasi Di Indonesia, Anatomi Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*, Jakarta: Fakultas Hukum Al Azhar Indonesia, 2007.

- Rizal, Jufrina dan Agus Brotosusilo, *Kumpulan Bacaan Filsafat Hukum I & II*. Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.
- Salman, H. R. Otje. dan Anton F. Susanto, *Teori Hukum*. Bandung: Refika Aditama, 2005.
- Sembiring, Sentosa. *Hukum Investasi*. Bandung: Nuansa Aulia, 2007.
- Siregar, Mahmul. *Perdagangan Internasional Dan Penanaman Modal : Studi Kesiapan Indonesia Dalam Perjanjian Investasi Multilateral*. Medan: Sekolah Pascasarjana Universitas Sumatera Utara, 2005.
- Siregar, Raja P. *Singkap Buyat, Temuan-Pengabaian-Kolusi*. Jakarta: WALHI, 2006.
- Soedarsono. *Kontroversi Atas Putusan Mahkamah Konstitusi, Catatan Hakim Konstitusi Soedarsono*. Jakarta: Penerbit Sekretaris Jenderal Dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008.
- . *Putusan Mahkamah Konstitusi Tanpa Mufakat Bulat, Catatan Hakim Konstitusi Soedarsono*. Jakarta: Penerbit Sekretaris Jenderal Dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008.
- . *“Hakim Adalah Sejarah Hidup Saya” Kisah Perjalanan Dan Pengabdian Hakim Konstitusi Soedarsono*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2008).
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia (UI-Press), Cetakan 2006.
- dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat, cetakan kedelapan*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004.
- Soesastro, Hadi. Et al. Ed. *Pemikiran dan Permasalahan Ekonomi Di Indonesia Dalam Setengah Abad Terakhir*. Jakarta: Kanisius, 2005.
- Sudarsono. *Kamus Hukum*, Cetakan Kelima. Jakarta: Rineka Cipta, 2007.
- Suhardi, Gunarto. *Peranan Hukum Dalam Pembangunan Ekonomi*. Yogyakarta: Universitas Atmajaya, 2002.

- Suherman, Ade Maman. *Aspek Hukum dalam Ekonomi Global*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002.
- Sunggono, Bambang. *Metodologi Penelitian Hukum*. Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2007.
- Suparji. *Penanaman Modal Asing Di Indonesia, Insentif v. Pembatasan*, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Al Azhar Indonesia, 2008
- Syaukani, HR. *Welcome Investor di Era Otonomi Daerah*. Jakarta: Nuansa Madani Publisher, 2003.
- Tim Pengajar Metode Penelitian Hukum (Prof. Vallerine, dkk.), *Metode Penelitian Hukum Buku B*. Depok: FHUI, 2000.
- Widjaya, I.G. Rai. *Penanaman Modal: Pedoman Prosedur Mendirikan dan Menjalankan Perusahaan dalam Rangka PMA dan PMDN*. Jakarta: Pradnya Paramita, 2000.

C. Laporan Penelitian

- Ansari, Muhammad Insa. *Persetujuan dan Perizinan Penyelenggaraan Penanaman Modal Asing Dan Penanaman Modal Dalam Negeri (Kajian Atas Keppres No. 29 Tahun 2004)*. Tesis Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2005.
- Asshiddiqie, Jimly. *Gagasan Kedaulatan Rakyat Dalam Konstitusi Dan Pelaksanaannya DI Indonesia: Pergeseran Keseimbangan Antara Individualisme Dan Kolektivisme Dalam Kebijakan Demokrasi Politik Dan Demokrasi Ekonomi Selama Tiga Masa Demokrasi, 1945-1980-an*. (Disertasi) Jakarta: Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia (UI), 1993.
- Dasihan, Antori. *Penegakan dan Kepastian Hukum di Indonesia Dalam Rangka Pemulihan Perekonomian*. Tesis Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2003.
- Juwana, Hikmahanto. *Hukum International Dalam Konflik Kepentingan Ekonomi Negara Berkembang Dan Negara Maju*, Pidato Pengukuhan Sebagai

Guru Besar Tetap Dalam Ilmu Hukum Internasional. Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2001.

Purba, Achmad Zen Umar. *Peranan Sumber Daya Dan Investasi Dalam Perkembangan Hukum Internasional Kontemporer*, Pidato Pengukuhan Sebagai Guru Besar Tetap Dalam Ilmu Hukum Internasional pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok: : Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.

Radjagukguk, Erman. *Peranan Hukum Di Indonesia: Menjaga Persatuan, Memulihkan Ekonomi Dan Memperluas Kesejahteraan Sosial*, pidato yang disampaikan pada Dies Natalies dan Peringatan Tahun Emas Universitas Indonesia (1950-2000), di Kampus UI-Depok, 5 Februari 2000.

Rahman, Siska. *Pengaruh Penetapan Otonomi Daerah Terhadap Pengaturan Investasi (Studi Mengenai Proses Perizinan Penanaman Modal)*. Tesis Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2006.

Suny, Risma Ismail. *Kedudukan Dan Peranan Mahkamah Konstitusi Dalam Mekanisme Hubungan Antar Lembaga Negara*. Tesis Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2007.

Susantowati, Rini. *Perlindungan Investor Dalam Persetujuan Bilateral Tentang Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal Asing di Indonesia*. Tesis Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004.

Sutjipto, *Mahkamah Konstitusi Sebagai Wujud Salah Satu Tuntutan Reformasi*, Tesis Program Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok, Agustus 2002.

Syafyuddin. *Pengaruh Faktor-Faktor Penentu Terhadap Investasi Asing Langsung Di Indonesia*. Tesis Program Pascasarjana Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Depok, 2005.

D. Majalah dan Jurnal

Suharto, Edi. *Peta Dan Dinamika Welfare State Di Beberapa Negara: Pelajaran Apa Yang Bisa Dipetik Untuk Membangun Indonesia* (Makalah) dalam Seminar: “Mengkaji Ulang Relevansi Welfare State dan Terobosan melalui Desentralisasi-Otonomi di Indonesia,” diprakarsai oleh Institute for Research and Empowerment (IRE) Yogyakarta dan Perkumpulan Prakarsa Jakarta, bertempat di Wisma MM Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta 25 Juli 2006.

Karbyanto, Tubagus Haryo *Judicial Review : Antara Trend Dan Keampuhan Bagi Strategi Advokasi*, (Makalah), Seri Bahan Bacaan Kursus HAM untuk Pengacara X Tahun 2005, Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat, 2005.

Lubis, M. Solly. *Mahkamah Konstitusi Dan Putusannya : Antara Harapan Dan Kenyataan*. Jakarta: e-jurnal Mahkamah Konstitusi, Jurnal Konstitusi, Volume 3 Nomor 4 Desember 2006.

Pedju, Ary Muchtar. *Perencanaan Strategis Piramida Kemakmuran Indonesia Peranan Akademi Ilmu Pengetahuan Indonesia (AIPi)*, makalah yang disampaikan pada Kongres Akademi Ilmu Pengetahuan Indonesia—AIPi, Hotel Borobudur - Jakarta, Rabu, 18 Juli 2007.

Radjagukguk, Erman. *Hukum Ekonomi Indonesia : Menjaga Persatuan Bangsa, Memulihkan Ekonomi, Dan Memperluas Kesejahteraan Sosial*. Jurnal Hukum Bisnis (Vol.22 No.5 Tahun 2003), hal. 23-26

Sarwedi. *Investasi Asing Langsung Di Indonesia dan Faktor Yang Mempengaruhinya*. Jakarta: *Jurnal Akuntansi & Keuangan Vol.4 No.1.*, 2002.

Uwiyono, Aloysius. *Implikasi Undang-Undang Ketenagakerjaan No. 13 Tahun 2003 Terhadap Iklim Investasi*. Jurnal Hukum Bisnis, Volume 22 No. 5 Tahun 2003.

Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis-YPHB. *Tinjauan Hukum Atas UU Penanaman Modal No.25 Tahun 2007 : Sebuah Catatan*, (artikel), Jurnal Hukum Bisnis Volume 26, No.4, tahun 2007.

E. Artikel Koran

Toemion, Theo F. *Tahun 2004 Realisasi Investasi Asing Turun*, (artikel) Kompas, Edisi Jum'at, 04 Februari 2005.

Surat Kabar Harian Kompas. *Dana Asing Makin Deras Beban BI Bakal Melonjak*, (artikel) Kompas, Rabu, 5 Maret 2008

----- *Dari Pilot Menjadi Duta Investasi*, (artikel) Kompas Edisi Rabu, 5 Maret 2008.

Surat Kabar Harian Media Indonesia, *Putusan Temasek Diintervensi*, (artikel) Kompas, Edisi Selasa, 9 Desember 2008

F. Internet

<http://www.westlaw.com/>

<http://www.princetown.edu/>

<http://www.law.umkc.edu/>

<http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>

<http://groups.csail.mit.edu/>

<http://www.mahkamahkonstitusi.go.id>

<http://www.setneg.go.id/>

http://welcome.to/RGS_Mitra;rgs@cbn.net.id;pengacara_rgs@yahoo.com

<http://www.kompas.co.id/>

<http://www.koalisiperempuan.or.id/>

<http://www.erasuslim.com/>

<http://www.suarakarya-online.com/>

<http://www.republika.co.id>